

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

DIANA DE SOUZA FERNANDES

**A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS ASSOCIAÇÕES SEM FINS
ECONÔMICOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO DE INGRESSO**

CURITIBA

2018

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

DIANA DE SOUZA FERNANDES

**A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS ASSOCIAÇÕES SEM FINS
ECONÔMICOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO DE INGRESSO**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Direito do Programa de Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo

CURITIBA

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

DIANA DE SOUZA FERNANDES

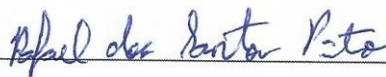
A aplicação dos direitos fundamentais nas associações sem fins econômicos: uma análise crítica do direito de ingresso

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



RODRIGO XAVIER LEONARDO
Orientador

X
Coorientador



RAFAEL SANTOS- PINTO - *Direito Civil e*
Processual Civil
Primeiro Membro



GIOVANI RIBEIRO RODRIGUES ALVES
Segundo Membro

À Adriana e ao Luciano, que investiram tanto seu tempo e afeto em mim. À Giovana, por me manter alegre. Ao Victor, por se fazer presente e me manter tranquila. Aos meus amigos, companheiros assíduos dessa jornada. E, claro, àqueles professores exemplares que marcaram meu caminho de maneira única.

*Take care of those you call your own and
keep good company.*

(Brian May)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES	10
1.1 A DICOTOMIA ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO.....	10
1.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E TEORIAS DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES	15
2 LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO E DIREITO À ESCOLHA DE SEUS MEMBROS	23
2.1 A LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO E NO CÓDIGO CIVIL: UMA ANÁLISE HISTÓRICA.....	23
2.2 A AUTONOMIA ORGANIZACIONAL E DE FINALIDADE DAS ASSOCIAÇÕES SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO CIVIL	31
2.3 FATORES QUE PODEM INDICAR SITUAÇÃO EXCEPCIONAL E MERECIMENTO DE INTERVENÇÃO PELO JUDICIÁRIO	39
2.4 IGUALDADE NAS RELAÇÕES PRIVADAS E RESTRIÇÃO AO ACESSO A BENS E SERVIÇOS ESSENCIAIS	47
3 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	51
3.1 CASOS DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO E DO PARANÁ.....	51
3.2 CASO APROFARMA VS. CASO UBC.....	55
3.3 IMPORTÂNCIA DO <i>DISTINGUISHING</i> E DA ABORDAGEM DO TEMA PELA EPISTEMOLOGIA DO DIREITO CIVIL	60
CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS	67

RESUMO

Esse trabalho estuda a eficácia dos direitos fundamentais nas associações sem fins econômicos, a partir do recorte específico do direito de ingresso nessas entidades. Nessa toada, o que interessa ao presente trabalho é, por meio da pesquisa doutrinária e jurisprudencial, analisar quais os elementos que contribuem para identificar contexto excepcional em que se pode vislumbrar limitação à liberdade da associação de selecionar novos membros. Para tanto, o exame da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares é essencial, pois nos vários casos em que é pleiteada a admissão forçada ou indenizações por dano moral, o fundamento frequentemente inclui referência direta ao princípio da igualdade ou da não-discriminação, os quais devem possuir eficácia reduzida nas relações privadas. Por esse motivo, deve-se integrar nesse raciocínio a lógica do Direito Civil, comumente descartada pelos Tribunais, reforçando-se o significado da existência da dicotomia entre o Direito Público e o Privado, bem como resgatando o debate acerca da teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais entre particulares. Serão examinados aspectos como a relevância da estrutura organizacional interna das associações, seu escopo, o grau de afinidade entre seus membros, eventual intuito de representatividade de uma classe, os diversos subtipos associativos e eventual papel específico público ou privado. Determinar se há um direito de ingresso na associação não é uma tarefa a ser tratada somente pela principiologia, já que a dogmática jurídica tem o condão de auxiliar na empreitada para uma solução adequada e melhor fundamentada, permitindo a formação de um sistema coerente de precedentes acerca do tema, que não viole a essência do direito à liberdade de associação, já tão desconsiderada historicamente. Adianta-se que não se pode estabelecer resposta fixa e taxativa sobre os casos em que haveria direito ao ingresso, sendo delineados, nesse trabalho, apenas possíveis cânones de interpretação para o caso concreto. Afinal, vive-se a fase de promoção das associações, e não se trata, portanto, de um tema que pode ser menosprezado pelo judiciário, pois a tendência é que os tribunais sejam cada vez mais acionados para tratar desse assunto.

Palavras-chave: associação, associativismo, direito de ingresso, discriminação, liberdade de associação, direitos fundamentais.

ABSTRACT

This work studies the effect of fundamental rights in nonprofit societies, from the perspective of the right to be (or not) admitted in these entities. What this work aims to accomplish is to study, through literature and precedent, which of those aspects can contribute to identify an exceptional situation where the power of a nonprofit society to select its members may be limited, and why. To that end, a review of the effect of fundamental rights in private law is essential, because in most cases, forced admission of a member or moral reparation pleas are based on the principles of equality and non-discrimination, which should be less effective in private relations. It is necessary to integrate in that reasoning the logic of the Civil Code, often dismissed by Brazilian courts, reinforcing the significance of the separation between Public and Private Law, as well as revisiting the debate about the theory of indirect applicability of fundamental rights in private relations. A few aspects of these entities will be examined, like each of their internal organizational structures, goals, subtypes, expressiveness, and the public or private roles played in society. Determining whether there is a right to join a nonprofit society is not a matter to be treated merely by principles, considering the development of the dogmatic private law on the subject, which can sustain a better substantiated and adequate solution in most cases, contributing to a coherent precedent system that does not violate the essence of the right of freedom of association, historically dismissed many times in Brazil. It may be anticipated that there is not a unanimous, concrete answer about which cases there would be an admission right, researched in this work only possible interpretation paths to access a case. After all, the promotion phase of the nonprofits rises in Brazil, and the subject-matter cannot be undervalued by the judiciary, as there is progressive tendency of litigation in association law.

Key-words: association, nonprofits, right to join, right of admission, discrimination, freedom of association, fundamental rights.

INTRODUÇÃO

É crescente no Brasil o número de associações sem fins econômicos, com diversas formas e escopos, fato que gera determinados impasses no direito associativo. Um dos problemas que vem sendo enfrentado pelos tribunais diz respeito à possibilidade de uma associação recusar-se a aceitar novo aspirante a membro, em diversas e variáveis circunstâncias fáticas. As mais emblemáticas controvérsias parecem ocorrer fora do Brasil, mas, lenta e progressivamente, o tema vem adentrando o contexto nacional.

Nessa toada, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, o direito de ingresso nas associações sem fins econômicos envolve a abordagem dos direitos fundamentais. Isso ocorre porque há, no artigo 5º, incisos XVII a XX da Constituição Federal, a garantia do direito fundamental de associação, cuja análise é inafastável quando se busca discutir tais entidades, e o qual será mais bem delineado no segundo capítulo, juntamente com a legislação contida no Código Civil sobre o tema.

Também há quem diga que, ao ter seu ingresso recusado por uma associação, estariam sendo violados seus direitos fundamentais à não-discriminação, à igualdade, à liberdade de profissão, à livre iniciativa, à dignidade da pessoa humana, dentre outros tantos¹. O estudo da dogmática civil, contudo, precisa ser mais bem desenvolvido para uma compreensão abrangente e prática do tema, evitando-se o sopesamento imediato de princípios gerais, tais como os arrolados, para a resolução dos casos concretos.

Por hora, fica estabelecida a existência de uma relação íntima do assunto a ser tratado com os direitos fundamentais, mas, estando as associações sem fins econômicos contidas também no Código Civil, é imprescindível identificar a maneira como as normas constitucionais podem ser aplicadas nas relações entre particulares, bem como a relação existente entre o Direito Público e o Privado. É o que se fará em um primeiro momento, antes de se prosseguir com a análise do direito de uma associação de escolher seus membros, para, assim, estabelecer a metodologia a ser adotada na investigação do tema.

Em um segundo momento, serão trazidos alguns aspectos históricos da liberdade de associação, para melhor situar esse direito no panorama europeu e

¹ Esses são exemplos de direitos fundamentais violados mencionados em acórdãos tanto do Superior Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça de São Paulo, cuja análise mais detida será feita no terceiro capítulo do presente trabalho.

brasileiro. Apenas após uma interpretação histórica, considerando o papel central da Constituição de 1988 para a consolidação dessa liberdade, se prosseguirá com o estudo da dogmática civilista sobre a autonomia de uma associação para determinar os critérios de admissão de seus membros, levando-se em consideração a sua natureza, finalidades, estatuto e função exercida na sociedade, numa perspectiva gramatical e sistemática. Para fins de completude do estudo, então, será feito breve exame da questão sob a ótica constitucionalista que contrapõe diretamente os princípios da igualdade e da liberdade para resolução de casos relacionados ao direito de ingresso.

Em um terceiro momento, ver-se-á como o tema vem sendo tratado pelos tribunais brasileiros; mesmo sendo escassos os precedentes no ramo associativo, é importante desde já a verificação de como a jurisprudência vem se formando, pois a tendência é um aumento de casos no país sobre o tema.

1 APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

O exame da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares é essencial, pois nos vários casos em que é pleiteada a admissão forçada em associações ou indenizações por dano moral em função da recusa, o fundamento frequentemente inclui referência direta aos princípios constitucionais da igualdade ou da não-discriminação, os quais possuem eficácia reduzida nas relações privadas. Nesse primeiro capítulo, então, será apresentada a lente teórica através da qual se dará a análise do tema.

1.1 A DICOTOMIA ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO

A relação entre o Direito Público e o Privado é há muito discutida. A tese de livre-docência do professor Otávio Luiz Rodrigues Junior² contribuiu muito para reavivar um pensamento crítico do discurso de publicização do Direito Privado e estabelecer a importância de se manter a autonomia epistemológica do Direito Civil, em que pese bastante se fale hoje em uma confusão entre as duas grandes áreas do direito.

Rodrigues Junior nega a atualidade e a serventia do discurso da publicização do Direito Privado, o qual sequer pode ser empiricamente confirmado atualmente, já que até mesmo as relações tradicionalmente mais marcadas pelas interferências estatais vêm demonstrando, de forma progressiva, maior porosidade à lógica privatística³. Esse fenômeno é perfeitamente demonstrado a partir de exemplos atuais da interferência do regime privado no público, tal como ocorre no direito dos

² RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais. 2017. 682 p. Tese de livre-docência - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

³ O civilista aponta como exemplos a flexibilização no regime das sucessões; o avanço da autodeterminação no direito de família com a consolidação do divórcio e da união estável; o advento do estatuto da pessoa com deficiência; a arbitragem e o negócio jurídico processual do CPC de 2015, dentre outros. (RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais. 2017. 682 p. Tese de livre-docência - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 138-164).

especialistas no *soft law*⁴ e nos dispositivos de governança multiparticipativa no Marco Civil da Internet⁵. As próprias associações sem fins econômicos podem servir de exemplo, visto que se encontram, atualmente, em fase de promoção, quando outrora sofriam graves intervenções estatais, sendo proibidas ou somente permitidas quando autorizadas pelo Estado⁶.

Desse modo, verifica-se, conforme Limongi França, que o Direito Público muitas vezes não tem estrutura suficiente para arcar com determinadas atribuições cuja competência trouxe para si restando-lhe apenas recorrer às técnicas do Direito Privado, milenarmente amadurecidas⁷.

Com esses apontamentos se quer demonstrar que diversos institutos e conceitos, hoje exportados para outras áreas do direito, foram desenvolvidos inicialmente com grande rigor teórico pelo direito civil⁸. Até mesmo o direito à não-discriminação, por mais destoante que possa parecer da lógica civil, regida pela autonomia privada, já foi regulado na Alemanha por meio da Lei Geral de Igualdade de Tratamento, e inserida no Direito Privado (Civil e do Trabalho) daquele país, especificando as formas de discriminação direta e indireta⁹. Há estudos desenvolvidos nos Estados Unidos¹⁰, em Portugal¹¹, na Alemanha e no próprio Brasil

⁴ “conjunto de normas de criação privada e cujos destinatários são os particulares, posto que indiretamente por elas sejam atingidos órgãos ou entes públicos, quando não a própria coletividade”. (RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais. 2017. 682 p. Tese de livre-docência - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 132).

⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais. 2017. 682 p. Tese de livre-docência - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 130.

⁶ Sobre as três passagens históricas das associações sem fins econômicos (repúdio, reconhecimento e promoção) ver LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 23-74.

⁷ FRANÇA, R. Limongi. Direito Privado. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, vol. 1, p. 461-474, jun. 2011.

⁸ “um sem número de disciplinas que hoje se veem, em muitos sistemas, fora do direito civil, aí encontraram sua semente e raiz”. FRANÇA, R. Limongi. Direito Privado. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, vol. 1, p. 461-474, jun. 2011.

⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais. 2017. 682 p. Tese de livre-docência - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 151.

¹⁰ Sobre o tema, ver GOLDIN, Claudia; ROUSE, Cecilia. Orchestrating Impartiality: The Impact of "Blind" Auditions on Female Musicians. The American Economic Review, vol. 9, n. 4, p. 715-741, set. 2000.

¹¹ Ver RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; RODAS, Sérgio. Entrevista com Paulo Mota Pinto. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 8, ano 3, p. 367-380, jul-set, 2016.

sobre o direito à antidiscriminação no âmbito das relações privadas, conforme se verá no próximo capítulo.

É possível, portanto, o tratamento de determinada questão tanto pelo direito constitucional quanto pelo direito civil, sem que se perca a autonomia epistemológica de cada uma das duas áreas¹². Conforme explicado por Jorge Cesa Ferreira da Silva, citado por Rodrigues Junior, “o paralelismo dos direitos fundamentais é relevante, mas não é condição necessária para que problemas ligados à discriminação sejam resolvidos com o apelo ao Direito Constitucional”¹³.

Conforme se verá, o questionamento acerca do direito de uma associação sem fins econômicos de selecionar seus membros com base nos critérios que lhe aprouverem pode ser muito bem pensado seguindo a epistemologia do Direito Privado, sem se recorrer diretamente – ou pelo menos em um primeiro momento –, a princípios constitucionais.

Para Paulo Mota Pinto, ainda, a defesa de uma diluição da distinção entre o Direito Público e o Privado resulta de uma incompreensão de que eles correspondem, respectivamente, a dois domínios da vida: o do “contato com o poder público e o exercício deste”, e, por outro lado, o da “vida em relação na sociedade civil e na economia privada”¹⁴. Nesse sentido, o Direito Privado tem autonomia, sendo que a técnica dos direitos fundamentais não pode ser usada para substituí-la ou ignorá-la, devendo ser mantido um “espaço próprio de elaboração em relação ao direito Constitucional”, embora sempre com respeito à Constituição¹⁵.

Veja-se que as associações são, primordialmente, do campo do Direito Privado, pois lidam com relações da sociedade civil e da economia privada, muito embora seus resultados possam influenciar de alguma forma no âmbito público em diversos casos.

¹² RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais. 2017. 682 p. Tese de livre-docência - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 153.

¹³ SILVA apud RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais. 2017. 682 p. Tese de livre-docência - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 154.

¹⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; RODAS, Sérgio. Entrevista com Paulo Mota Pinto. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 8, ano 3, p. 367-380, jul-set, 2016. p.376.

¹⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; RODAS, Sérgio. Entrevista com Paulo Mota Pinto. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 8, ano 3, p. 367-380, jul-set, 2016. p. 376.

De todo o exposto até agora, jamais se poderia depreender pretensão de destacar integralmente o Direito Privado dos demais âmbitos do direito; não se pretende desenvolver um sistema fechado (segundo o conceito de Luhmann) e impermeável, que retorne a uma separação estanque do público e do privado e vire as costas aos direitos fundamentais e valores constitucionais, até porque tal concepção fetichista não é mais compatível com a realidade contemporânea¹⁶. Somente se busca demonstrar que muitos anos de aprimoramento da dogmática civil permitiram o desenvolvimento de uma lógica própria do Direito Privado, com institutos cujo uso somente se intensifica nos dias atuais. Por esse motivo, seria impossível defender, hoje, um declínio da autonomia privada, do individualismo e da iniciativa privada, e, em consequência, torna-se inviável sustentar o fim da dicotomia Público-Privado¹⁷.

Ora, porquanto permaneça tal dicotomia, é indubitável o compromisso da civilística brasileira com os valores constitucionais, mormente quanto à dignidade da pessoa humana¹⁸. A imantação dos textos normativos por forte carga valorativa é percebida inclusive no Código Civil, por meio de suas cláusulas gerais¹⁹, demonstrando um compromisso com determinados valores cuja concretização, contudo, depende da atuação da civilística no sentido de promover “espaços de liberdade permissivos da consubstanciação de uma dignidade autêntica, que parta da pessoa e não lhe seja imposta pela bondade dos bons ou pela ação estatal”²⁰. Ou seja, a civilística tem o importante papel de preservação das liberdades por meio da “formulação de modelos dogmáticos que veiculem instrumentos e exigências de controle do exercício do poder estatal, sobretudo no âmbito da atividade jurisdicional”²¹. Muitas vezes, no entanto, ela tem se furtado desse papel, vide o que

¹⁶ Para aprofundamento na crítica ao fechamento sistêmico do Direito Privado, ver FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

¹⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais. 2017. 682 p. Tese de livre-docência - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 166

¹⁸ RAMOS, André Luiz Arnt. Dogmática e efetividade: o papel da civilística no desbravamento de espaços de liberdades. Revista Brasileira de Direito Civil, vol. 11, p. 17-35, jan-mar 2017. p. 18.

¹⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; RODAS, Sérgio. Entrevista com Paulo Mota Pinto. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 8, ano 3, p. 367-380, jul-set, 2016. p.377.

²⁰ RAMOS, André Luiz Arnt. Dogmática e efetividade: o papel da civilística no desbravamento de espaços de liberdades. Revista Brasileira de Direito Civil, vol. 11, p. 17-35, jan-mar 2017. p. 29.

²¹ RAMOS, André Luiz Arnt. Dogmática e efetividade: o papel da civilística no desbravamento de espaços de liberdades. Revista Brasileira de Direito Civil, vol. 11, p. 17-35, jan-mar 2017. p. 30.

ocorre com a cláusula geral da boa-fé, que é usualmente utilizada nos tribunais como “varinha de condão” para a resolução dos casos difíceis²².

Para os efeitos do presente trabalho, então, buscar-se-á obedecer à distinção sistemática entre o Direito Público e o Privado, na medida do possível. Se parte da jurisprudência já se vale de cláusulas gerais do próprio direito civil para justificar todos os tipos de decisões e furtar-se de uma análise dogmática, quem dirá o que faz com os princípios constitucionais.

É certo, contudo, que eventuais sobreposições e aproximações entre o público e o privado sempre irão ocorrer, especialmente no tema controverso das associações sem fins econômicos; nem por isso deve ser eliminada totalmente a distinção entre o Direito Público e o Privado: “é preferível manter-se a divisão, com pequenas escaramuças na fronteira, a vê-la ser levantada por questões ligadas a interesses ideológicos ou pelas vantagens do casuísmo generalizado na aplicação das regras jurídicas, cujos efeitos já se fazem sentir por toda a ordem jurídica em vários sentidos”²³. Ubillos também admite que não se possa fomentar o total desaparecimento da fronteira entre as duas esferas, uma vez que “a invasão da sociedade pelo Estado, a abolição da esfera privada, é justamente o traço mais característico de um regime totalitário”²⁴.

Por fim, devem ser destacados e desde já sanados, também, problemas de qualificação das relações jurídicas. Explica-se: por haver contratos ou negócios jurídicos privados sobre os quais incidem normas administrativas ou regulações legislativas²⁵, frequentemente se fica em dúvida sobre a qual o regime cabível. No caso das associações sem fins econômicos, esse fenômeno acontece, visto que se tem regulações legislativas específicas, a exemplo das OSCIPS e OS, que podem confundir o aplicador do direito sobre a aplicação do regime privado ou do regime

²² RAMOS, André Luiz Arnt. Dogmática e efetividade: o papel da civilística no desbravamento de espaços de liberdades. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 11, p. 17-35, jan-mar 2017. p. 30.

²³ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais. 2017. 682 p. Tese de livre-docência - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 233.

²⁴ UBILLOS, Juan María Bilbao. En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 305.

²⁵ Serviços como o Uber e Airbnb apresentam grandes conflitos de fronteiras conforme explicado em RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais. 2017. 682 p. Tese de livre-docência - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 244.

público. Em consequência, é de suma importância esclarecer, desde já, que a declaração de utilidade pública de uma associação não retira o caráter de direito privado de dessas entidades²⁶.

Conforme Torquato Castro Junior, “em outras palavras, a coexistência, em um dado microssistema, de campos distintos [privado/público], não é um reforço apriorístico que sirva à comprovação do fim da distinção. Corresponde, pelo contrário, a uma acomodação de regras que, de algum modo, acabam por se reconduzir a diferentes ramos jurídicos”²⁷.

Estabelecida a importância de continuar a desenvolver determinados temas dentro da episteme do Direito Privado, resta verificar de que modo as normas constitucionais – especificamente aquelas que versam sobre direitos fundamentais – se relacionam com o Direito Civil dentro dessa perspectiva.

1.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E TEORIAS DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

A constitucionalização do direito civil é tratada de maneira tão ampla pela doutrina brasileira, que por vezes é difícil defini-la, em suas mais diversas acepções. É consenso, contudo, que o Código Civil não pode contrariar uma norma constitucional, seja por meio da atividade legislativa ou interpretativa.

Dito isso, ao mesmo tempo, é desarrazoada uma aceitação acrítica do neoconstitucionalismo (insurgente do advento da Constituição de 1988), já tendo sido aventada, inclusive, hipótese de uma sobreconstitucionalização²⁸, ao ponto de se verificar um apequenamento das demais esferas legislativas ordinárias. Quantos pronunciamentos judiciais, hoje, encaram a Constituição como se ela contivesse em si toda a ordem jurídica, usando-a para determinar totalmente o lado normativo da decisão?

É claro que não se pode negar a importância da Constituição para a interpretação e desenvolvimento judicial do Direito Privado; contudo, deve-se

²⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 280.

²⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais. 2017. 682 p. Tese de livre-docência - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 257.

²⁸ ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário: jurisdição constitucional e jurisdição especializada. Revista dos Tribunais, [S.l.], v. 809, mar. 2003. p. 54-73.

reconhecer que ela “atende a funções político-retóricas diversas daquelas da codificação civil. A Constituição é escrita com estilo diverso do Código Civil, emprega palavras bem menos semanticamente determinadas (...) e persegue outros fins. São duas formas diversas da técnica de legislar, distintas formas de pensamento e tradições”.²⁹

Dentro de uma gama de interpretações constitucionais possíveis, a lei ordinária tem o importante papel de direcionar e orientar o julgador para uma delas, especialmente em casos que envolvem conflitos entre particulares, os quais atraem metodologia própria do Direito Civil. Essa logística vem constantemente sendo violada; a dogmática civilística acaba sendo deixada de lado, conforme postula Rodrigues Junior:

O texto normativo primário é abandonado. As raízes históricas e a visão lógica sistêmica da lei ou do código são desconsideradas. Elementos importantes para a construção de soluções técnico-jurídicas, como as fontes romanísticas, o estudo dos trabalhos preparatórios e dos anteprojetos de lei, são tidos como dispensáveis no processo hermenêutico peculiar ao Direito Civil.³⁰

A Constituição, repetidas vezes, tem servido de atalho para facilitar o trabalho do julgador e auxiliá-lo a chegar apenas na solução que ele deseja; essa questão será mais bem estudada no terceiro capítulo.

Outro aspecto importante do neoconstitucionalismo, segundo Rodrigues Junior³¹, é que ele tem sido marcado pela “ausência de acordos semânticos sobre sua natureza e extensão e assimilação de postulados e teses muito antigas como se fossem novidades teóricas”. Com isso, se quer dizer que, muito embora a neoconstitucionalização do Direito Civil pretenda ser algo novo (como indica o prefixo da palavra), determinadas ‘propostas’ suas já foram há muito incorporadas pela doutrina do Direito Civil. A dignidade da pessoa humana já é fundamental há

²⁹ CASTRO JUNIOR, Torquato. Constitucionalização do direito privado e mitologias da legislação: código civil versus constituição? In: SILVA, Artur Stamford (org.). O judiciário e o discurso dos direitos humanos. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2011. p. 66.

³⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais. 2017. 682 p. Tese de livre-docência - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 565.

³¹ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais. 2017. 682 p. Tese de livre-docência - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 303.

mais de cem anos na hermenêutica civilista; a centralidade da constituição também já é reconhecida há igual tempo; as cláusulas gerais já se encontram presentes há muito e o controle de constitucionalidade também não é novidade³².

Mas então, o que é o constitucionalismo? A classificação adotada por Louis Favoreu, e explicada por Virgílio Afonso da Silva³³ em seu livro sobre a constitucionalização do direito, parece a mais adequada, e será exposta a seguir.

A constitucionalização-juridicização diz respeito ao reconhecimento da força normativa da constituição, e não mais de força meramente política; permitindo-se que ela passasse a fazer efeito em outros ramos do direito. A constitucionalização-elevação é o movimento de “deslizamento para cima” da legislação ordinária, a qual é submetida a uma seleção de partes que serão elevadas ao texto constitucional. Vale lembrar, nesse ponto, que “normas de direito civil não deixam de ser normas de direito civil pelo simples fato de estarem consagradas pelo texto constitucional”³⁴. Por fim, tem-se a constitucionalização-transformação, assim chamada a impregnação e irradiação da constituição pelos diferentes ramos do direito.

Esse último fenômeno, da irradiação da constituição, envolve o estudo sobre como ele será controlado, e de que maneira se dá a transformação pela constitucionalização, especialmente, nas relações civis.

A importância dessa análise reflete nas associações sem fins econômicos, quando se fala na definição dos critérios de admissão de novos membros. Indaga-se quais seriam os limites na definição desses critérios, e se princípios constitucionais da igualdade e da não-discriminação poderiam irradiar e transformar de tal maneira o Direito Civil de modo a, no caso das associações privadas, defender-se um direito subjetivo de ingresso com base neles.

Poderia uma associação cujo objetivo é discutir e defender pautas feministas impedir o ingresso de homens? Clubes podem recusar novos membros sem apresentar justificativa? Uma associação de senhoras católicas estaria permitida a deixar de aceitar alguém de outra religião? Uma casa de estudantes sob forma de associação poderia ter cláusula que veda a admissão de mulheres?

³² RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais. 2017. 682 p. Tese de livre-docência - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 317.

³³ SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011. p. 47.

³⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011. p. 172.

Para chegar a uma resposta adequada é preciso encontrar uma linha teórica que não acabe por borrar por demasiado as fronteiras entre o Público e o Privado, uma vez que forçar o ingresso de um pretense associado significa limitar gravemente a autonomia da vontade e a liberdade de expressão – característica das relações privadas – das pessoas que já estão associadas. É evidente que há casos em que isso deve ser feito; mas a maneira e a motivação de tais imposições devem ser racionalizadas e refletidas, sob pena de gerar uma restrição indevida ou de abrir espaço para uma aplicação de precedentes de maneira equivocada.

É preciso encontrar uma racionalidade que permita estabelecer balizas para soluções mais uniformes, que não variem de acordo com o julgador ou com quem está sendo julgado.

O debate sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre privados mostra-se de grande valia para esse fim. A concepção tradicional, do Estado Liberal de Direito, de que os direitos fundamentais somente seriam oponíveis em face do Estado parece estar superada³⁵, na medida em que a vasta maioria da doutrina parece admitir sua aplicação também frente a particulares, mesmo que por métodos distintos.

A doutrina, então, tanto nacional quanto internacional, vem construindo métodos para delimitar o modo de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre privados. Destacam-se duas teorias: (i) a da eficácia direta, segundo a qual não é necessária intermediação dos direitos fundamentais em sua aplicação nas relações interprivados, pois eles incidiriam nessas últimas da mesma forma como nas relações entre o Estado e os cidadãos; (ii) e a da eficácia indireta, que reconhece que aos particulares é conferido, pela maioria dos ordenamentos jurídicos, um direito geral à liberdade, motivo pelo qual haveria a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas apenas por intermédio do material normativo do próprio direito privado³⁶.

É importante lembrar que existem subdivisões dentro de cada uma dessas correntes, e por vezes, até mesmo teorias de certa forma mistas. A seguir, será apresentado um modelo de cada uma delas, o que se acredita suficiente e coerente

³⁵ UBILLOS, Juan María Bilbao. En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 299.

³⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011. p. 73 e 86.

para as finalidades desse trabalho, sem nenhuma pretensão de esgotamento do tema.

A teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre privados foi desenvolvida seriamente por Ingo Sarlet no contexto brasileiro. Para ele, o preceito do artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal, ao determinar a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, teria aludido a uma adoção da teoria da eficácia direta no panorama brasileiro³⁷. Vale mencionar, também, que Sarlet adota o modelo fraco da teoria da eficácia direta, na medida em que a concebe como última *ratio*, a ser empregada em caráter residual³⁸:

(...) somente as circunstâncias de cada caso concreto, as peculiaridades de cada direito fundamental e do seu âmbito de proteção, as disposições legais vigentes, e a observância dos métodos de interpretação e solução de conflitos entre direitos fundamentais (como é o caso da proporcionalidade e da concordância prática) podem assegurar uma solução constitucionalmente adequada (...). Por outro lado, ao se afirmar uma eficácia direta *prima facie* não se está a sustentar uma eficácia necessariamente forte ou mesmo absoluta, mas uma eficácia e vinculação flexível e gradual.³⁹

Por outro lado, Rodrigues Junior, em sua tese de livre docência, explica que o artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal não permite aferir norma de que os direitos fundamentais têm eficácia direta nas relações entre particulares, não se podendo confundir os termos ‘aplicação’ e ‘eficácia’ para fins de ampliar o sentido da regra brasileira e vincular os particulares a esses direitos na mesma medida em que os poderes públicos estão vinculados⁴⁰.

Esse autor defende a teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, com base na teoria de Gunther Durig, segundo a qual (i)

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Coimbra: Edições Almedina SA, 2007. p. 128.

³⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais. 2017. 682 p. Tese de livre-docência - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 503.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Coimbra: Edições Almedina SA, 2007. p. 132-133.

⁴⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais. 2017. 682 p. Tese de livre-docência - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 554.

os direitos fundamentais incidem nas relações privadas por meio das cláusulas gerais, que seriam ‘portas de entrada’ no direito privado; (ii) tais cláusulas tem como função intermediar e calibrar essa incidência, a depender do tratamento dado pelo direito ordinário; (iii) a dignidade da pessoa humana orienta a “ordem objetiva de valores”, pois é núcleo da ordem jurídica; (iv) as cláusulas gerais resguardam a autonomia do Direito Privado, e, ao mesmo tempo, a unidade do sistema jurídico; (v) as cláusulas gerais de Direito Privado podem ser preenchidas em três intensidades, atuando para esclarecer conceitos, atualizar conceitos do sistema jurídico anterior, e para preencher lacunas⁴¹.

Seja qual for a concepção adotada, para Franz Bydlinski, conforme explicado por Virgílio Afonso da Silva, é certo que há convergência da doutrina no sentido de que “ainda que os direitos fundamentais produzam efeitos nas relações privadas, e, nesse sentido, vinculem os indivíduos nessas relações, é certo que esses efeitos não podem ser absolutos, senão a autonomia privada desapareceria por completo”⁴². Isso implica em um primeiro pressuposto do presente estudo: o direito fundamental à igualdade jamais poderia ter efeitos absolutos nas associações sem fins econômicos.

Por ser a teoria da eficácia indireta aquela que permite ampliar o debate, apresentando um interessante contraponto no direito brasileiro – e tendo a presente pesquisa o objetivo de instigar uma visão mais crítica e civilista sobre o tema – poderá ser percebido claramente um viés tendente a essa posição nos capítulos que seguem. Isso não significa dizer que a teoria da eficácia direta não tenha seus méritos, ou mesmo que não possa ser adotada no Brasil: o que se questiona é a postura que parte da doutrina e da jurisprudência tem demonstrado de internalizá-la de forma acrítica, muitas vezes sem qualquer discussão, como se fosse consenso internacional. Ora, ainda existem debates ferrenhos acerca da eficácia direta ou indireta dos direitos fundamentais nas relações entre privados: tome-se de exemplo países como Portugal, Espanha, Alemanha e Estados Unidos.

⁴¹ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais. 2017. 682 p. Tese de livre-docência - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 518.

⁴² SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011. p. 143.

Nessa toada, Benjamin Herzog⁴³, ao estudar o contexto jurídico brasileiro, aconselhou – especialmente no âmbito do judiciário – uma pesquisa norteadas pela teoria de Savigny, com a adoção de um modelo de interpretação histórica, gramatical e sistemática. Tal metodologia é bastante abraçada pelo Direito Civil. Herzog explicou, na mesma oportunidade, que o método teleológico, propugnado por Jhering, tem sido intensamente utilizado pelos tribunais para justificar qualquer tipo de decisão, e, por isso, talvez devesse ser menos incentivado⁴⁴. A teleologia é justamente o que mais se percebe nos tribunais brasileiros quando se faz referência a princípios constitucionais.

Outro questionamento a ser levantado, agora mais na área da ciência política, é se seria adequado atribuir ao judiciário funções diretas de redução das desigualdades, uma vez que essa noção instigaria a adoção de posturas teleológicas pelos magistrados⁴⁵. Isso quer dizer que o magistrado realizaria mera justificação retórica de suas decisões a fim de cumprir seu dever de fundamentação, ao invés de efetivamente construir uma resposta coesa com o sistema jurídico e a análise histórica.

Veja-se que é exercida, por vezes, certa pressão sobre os magistrados, com base em teorias imbuídas de concepções teleológicas, para que fundamentem suas decisões, por exemplo, na dignidade da pessoa humana, norma mais importante do sistema constitucional e civil. O resultado é que, por diversas vezes, esvazia-se o sentido desse valor tão caro ao nosso sistema, na medida em que nem todas as decisões exigiriam que se recorresse a ele⁴⁶. Ora, se a dignidade da pessoa humana é tudo, então ela acaba sendo nada. “Ela está em todo o lugar, mas não se sabe o

⁴³ HERZOG, Benjamin. Aplicação e interpretação do direito em Portugal e no Brasil: um estudo comparado a partir das perspectivas genética, funcional e pós-moderna; uma defesa por mais Savigny e menos Jhering. Curitiba: Salão Nobre da Universidade Federal do Paraná, 24 out 2018. Palestra ministrada aos alunos e professores.

⁴⁴ HERZOG, Benjamin. Aplicação e interpretação do direito em Portugal e no Brasil: um estudo comparado a partir das perspectivas genética, funcional e pós-moderna; uma defesa por mais Savigny e menos Jhering. Curitiba: Salão Nobre da Universidade Federal do Paraná, 24 out 2018. Palestra ministrada aos alunos e professores.

⁴⁵ HERZOG, Benjamin. Aplicação e interpretação do direito em Portugal e no Brasil: um estudo comparado a partir das perspectivas genética, funcional e pós-moderna; uma defesa por mais Savigny e menos Jhering. Curitiba: Salão Nobre da Universidade Federal do Paraná, 24 out 2018. Palestra ministrada aos alunos e professores.

⁴⁶ LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil Constitucional. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 9, n. 33, p. 123-164, 30 dez. 2015.

que ela significa; ela serve para explicar tudo, mas é incapaz de orientar efetivamente processos de interpretação e aplicação do Direito Privado”⁴⁷.

Por esse motivo, no próximo capítulo, considerando toda a lente teórica acima exposta, proceder-se-á a uma análise mais calcada na metodologia de Savigny e na teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações entre privados.

Será abordada a liberdade de associação de uma perspectiva histórica, investigando-se as legislações que foram vigentes no Brasil ao longo do tempo para se compreender a sua importância e seu sentido dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, será feita uma análise dogmática do tema à luz do Código Civil, para, então, verificar quais as opções e cânones interpretativos são apresentados pela doutrina para constatar, no caso concreto, a existência ou não de um direito subjetivo de ingresso. Por fim, será estudado como a jurisprudência brasileira vem se posicionando sobre o tema.

⁴⁷ LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil Constitucional. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 9, n. 33, p. 123-164, 30 dez. 2015. p 141.

2 LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO E DIREITO À ESCOLHA DE SEUS MEMBROS

Em um primeiro momento, frisa-se que não se pretende esgotar o problema levantado, sobre os limites da autonomia das associações. Isso porque existe uma infinidade de casos que envolvem o direito de ingresso, cada qual com suas específicas variáveis, e seria possível passar dias hipotetizando situações-problema em que se vislumbraria ou não a possibilidade de recusa de um novo membro por uma associação.

Isto posto, almeja-se, somente, estabelecer uma regra geral para a questão, e, a partir da doutrina, desenvolver determinados cânones de interpretação do caso concreto para identificar as exceções. Afinal, “como em geral acontece com as questões mais tormentosas do direito contemporâneo, o tema da aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares não suporta uma solução dicotômica, de sim ou não”⁴⁸.

2.1 A LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO E NO CÓDIGO CIVIL: UMA ANÁLISE HISTÓRICA

Um primeiro cânone pode ser a interpretação histórica da liberdade de associação, em especial no contexto brasileiro. Por constituir específica restrição ao direito fundamental de associação, um aprofundamento no tema do direito de ingresso exige a interpretação histórica. Buscando adequação ao defendido pelo professor Benjamin Herzog⁴⁹, a aplicação desse específico método de Savigny pode melhor auxiliar na interpretação legislativa.

Ressalta-se que a liberdade de escolher seus membros constitui importante aspecto da liberdade de associação. Sem essa garantia, a afinidade entre os associados e a realização de seus fins podem restar prejudicados, e dificilmente se terá uma efetiva liberdade de associação, podendo ela restar inócua.

⁴⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 114.

⁴⁹ HERZOG, Benjamin. Aplicação e interpretação do direito em Portugal e no Brasil: um estudo comparado a partir das perspectivas genética, funcional e pós-moderna; uma defesa por mais Savigny e menos Jhering. Curitiba: Salão Nobre da Universidade Federal do Paraná, 24 out 2018. Palestra ministrada aos alunos e professores.

Rodrigo Xavier Leonardo⁵⁰ identifica três passagens do associativismo que serão a seguir expostas: (i) repúdio; (ii) reconhecimento e (iii) promoção.

A primeira passagem ocorre com o advento da modernidade, quando a concepção corporativa da sociedade é substituída pelo individualismo: a noção de *mankind as a whole*, de organismo⁵¹, vigente no *ancien régime*, é substituída pelos conceitos de sujeito de direito, direito subjetivo e relação jurídica.

Na idade média, havia uma noção de pertencimento tão intensa entre indivíduo e sociedade, que o membro não era nada sem o todo; assim, as associações estavam vastamente presentes, porém eram rigorosamente hierarquizadas, sendo difícil nelas verificar a liberdade⁵². Lentamente, com o advento da filosofia iluminista, centralizada no indivíduo, as associações passaram a ser entendidas cada vez mais como limitadoras da liberdade, uma vez que realizariam uma intermediação não quista entre o sujeito e o Estado, impondo obstáculos inclusive à circulação de mercadorias. Por esse motivo, as leis da época, que se alastraram pela Europa, demonstram uma tendência de proibir ou ignorar as associações, repudiando-as, citando-se como exemplos, respectivamente, a Lei Le Chapelier e o Código Civil francês de 1804⁵³. Exceção feita aos Estados Unidos da América, que vivia à época outra realidade, onde, nas palavras de Alexis de Tocqueville, citado por Paulo Gonet Branco, “o direito de associação é uma importação inglesa e existiu desde sempre. O uso deste direito passa hoje para os hábitos e costumes”⁵⁴.

A proibição do associativismo, contudo, não impediu que as pessoas continuassem se associando de fato, pois essa atividade parece ser inerente ao ser humano. Percebeu-se, lentamente, a importância de integrar as associações ao modelo liberal capitalista para fins de comércio. Com o advento da Revolução Francesa, no início do século XX, foram diferenciados três tipos de associação: as sem capacidade, as com capacidade limitada, e as com ampla capacidade, por

⁵⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 23-82.

⁵¹ GIERKE, Otto. Political theories of the middle age. Tradução de Frederic William Maitland. Londres: Cambridge University Press, 1900. p. 22.

⁵² LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 27.

⁵³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 32-33.

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 303.

apresentar interesse público. Restou caracterizada, assim, uma passagem do repúdio para o reconhecimento das associações, agora com forma contratual e da autonomia privada, integrada ao liberalismo por meio das teorias ficcionistas da personalidade jurídica, dependendo, contudo, de autorização do Estado, que controlaria essas entidades por meio da personificação jurídica⁵⁵.

A terceira passagem é a do mero reconhecimento para a promoção das associações. Após as duas Grandes Guerras, o número de associações existentes começou a aumentar expressivamente; as associações constituídas para defesa dos direitos humanos ganharam destaque naquele contexto. Desenvolveu-se, também, o princípio da subsidiariedade: quando os próprios indivíduos podem construir soluções para seus problemas, a sociedade civil pode sobrepor-se ao Estado⁵⁶.

Veja-se, então, que a história europeia já passou por diversos momentos, colocando as associações acima dos indivíduos, o indivíduo acima das associações, o Estado acima das associações, até chegar no momento promocional que se encontra hoje.

Toda essa percepção histórica é chave para o início de um estudo sobre qual é o papel do Estado (especificamente por intermédio do judiciário), hoje, perante as associações, especialmente no âmbito do direito de seleção de seus membros. Tal relação variou muito ao longo dos anos, mas é possível concluir que o atual panorama promocional tem razões de ser.

No Brasil, também é possível identificar as três passagens históricas das associações; as particularidades nacionais, contudo, merecem destaque.

A Constituição de 1824 não mencionava expressamente a liberdade de associação, sendo, contudo, expressa a proibição das corporações de ofício. Descabe deduzir que tal garantia estaria implícita no ordenamento jurídico, pois a legislação infraconstitucional proibia as sociedades secretas, definidas pela Lei 20.10.1823 de maneira tão ampla que qualquer associação sem autorização governamental poderia assim ser considerada⁵⁷. O próprio Código Penal de 1830 tipificava as chamadas sociedades secretas, e a Lei 09.12.1830 proibia as ordens regulares (associações religiosas) de realizar qualquer espécie de contrato oneroso

⁵⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 47-66.

⁵⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 73-74.

⁵⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 87.

sem licença governamental⁵⁸. Fica claro, assim, o repúdio da época à liberdade de associação, havendo evidentes interesses absolutistas de impedir organizações com potencial de divergência, as quais agiam contrariamente à unificação do império.

A Constituição de 1891, por outro lado, influenciada pelo constitucionalismo estado-unidense, garantiu expressamente a liberdade de associação, sendo que a legislação infraconstitucional acompanhou essa orientação, garantindo “a personificação por simples inscrição dos estatutos e a limitação da atuação estatal na repressão e dissolução de associações ilícitas”⁵⁹. Essa diretiva constitucional da Proclamação da República não durou muito tempo, tendo sido enfraquecida com a política dos governadores, a qual sistematicamente entregava os estados às oligarquias regionais⁶⁰.

Sobre o advento do Código Civil de 1916 cabem alguns apontamentos. Primeiramente, ele não diferenciava entre as sociedades e as associações; ainda, exigia a forma escrita e o registro para sua constituição, sendo esse último a condição para sua existência, não havendo, portanto, possibilidade de poder de polícia para o oficial registral⁶¹.

Essa breve proteção à liberdade de associação foi rapidamente substituída por uma nova época de repressão, quando sobreveio uma onda de movimentos sociais críticos à economia capitalista. A legislação infraconstitucional, então, passa a ser alterada para reprimir os movimentos anarquistas e comunistas, inclusive com a criação de tipos penais garantindo ao governo o poder de fechamento das entidades nocivas ao “bem público”, ou à “ordem, moralidade e segurança pública”, culminando na conhecida Lei Celerada⁶².

Seguem-se as constituições de 1934 e 1937, que, novamente, constitucionalmente asseguravam a liberdade em questão, mas, por meio da legislação infraconstitucional a cerceavam: assim foram dissolvidos ou colocados na ilegalidade, pelo poder Executivo, todos partidos políticos, bem como, por exemplo,

⁵⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 88.

⁵⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 92.

⁶⁰ Sobre o tema, ver: SODRÉ, Nelson Werneck. Formação histórica do Brasil. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1990. p. 304-305.

⁶¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 94.

⁶² LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 95.

os sindicatos e a frente negra, até a suspensão por completo da liberdade de associação com a declaração do estado de guerra e submissão de todas as associações à prévia autorização do Ministério da Justiça e Negócios Interiores⁶³.

Note-se, em breve retomada do primeiro capítulo, que nesse momento histórico há uma intensa mitigação das fronteiras entre o Direito Público e o Privado. Ora, é justamente nos períodos mais autoritários que se sobressai uma retórica favorável à prevalência de suposto “interesse geral” sobre o particular. Para Larenz, as ideologias autoritárias são aquelas que tendem a subordinar diversos âmbitos jurídicos a princípios do Direito Público – daí a necessidade de se reconhecer a importância de preservar-se a dicotomia epistemológica entre o Direito Público e o Privado⁶⁴. Nos regimes fascistas, do mesmo modo, o fim dessa dicotomia representava a ausência de limites para a intervenção do Estado, tal como ocorreu no Brasil.

Retomando a cronologia, a Constituição de 1946 não alterou muito as disposições das constituições anteriores. A lógica permanecia a mesma, sobretudo em função de decretos que permitiam impedir a personificação das associações preventiva e administrativamente mediante impugnação ex-officio e a suspensão de suas atividades pelo poder Executivo (Dec-lei 9.085/46), disposições que eram confirmadas em decisões judiciais⁶⁵. Funcionava assim: o poder executivo determinava a suspensão da associação, por decreto, e o judiciário a confirmava; desse modo se deu a dissolução da União da Juventude Comunista, do Partido Comunista do Brasil, da Torre de Vigia de Bíblias e Tratados (testemunhas de Jeová), da Sociedade Italiana de Mútuo Socorro e Beneficência, da Frente de Novembro, e da União de Servidores do Porto do Rio de Janeiro⁶⁶.

Com o golpe de 1964, e com a Constituição de 1967, esse quadro se intensifica, muito embora a constituição continue prevendo, formalmente, a liberdade

⁶³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 97-98.

⁶⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais. 2017. 682 p. Tese de livre-docência - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 251.

⁶⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 99-100.

⁶⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 100.

de associação, mas, agora com mecanismo de supressão inserido no próprio texto constitucional.

A análise histórica da liberdade de associação, especialmente no Brasil, demonstra como as ações governamentais buscaram regular – e restringir – esse direito. Embora ele tenha sido positivado em diversas constituições, não era aplicado até o advento da Constituição de 1988, sendo até então amplamente limitado pelas legislações infraconstitucionais dotadas de conceitos abertos – como o de “interesse público” – que permitiam interpretações ao bel-prazer dos governantes para impor vontades políticas e morais.

A redemocratização do país parece ter considerado especialmente toda a perseguição das entidades associativas até aquele momento, e inseriu, expressamente, dispositivo constitucional que proíbe a interferência estatal na atividade associativa. É provável que se verificou, à época, o modo como conceitos abertos atrelados a valores morais ou interesses políticos acabaram por cercear essa liberdade tão importante para diversas pautas sociais. Essa parece ser a *ratio* do legislador constitucional.

O legislador parece ter se apercebido que uma associação “popular” hoje talvez não o seja amanhã, e vice-versa. Assim, a proteção da liberdade de associação não deve variar de acordo com a visão momentaneamente popular de um grupo ou de uma pessoa, ficando progressivamente positivada ampla liberdade para essas entidades, tanto no que diz respeito à garantia da sua existência *lato sensu* (conforme a Constituição) quanto ao seu funcionamento *stricto sensu*, a partir de uma lógica da autonomia privada e da liberdade (conforme o Código Civil), inclusive de escolher seus membros criteriosamente.

Sztajn⁶⁷ explica que, hoje, a Constituição de 1988 preconiza a liberdade de associação para fins lícitos (em seu art. 5º, XVII) e a ausência de necessidade de autorização para sua criação, bem como a vedação da interferência estatal em seu funcionamento (em seu art. 5º, XVIII). A autora segue explicando que esses dispositivos abarcam tanto as associações quanto as sociedades.

⁶⁷ SZTAJN, Rachel. Associações e sociedades: à luz da noção de contrato plurilateral. Revista de Direito Privado, vol. 21, p. 223-234, jan/mar. 2005.

Já o Código Civil, para Sztajn⁶⁸, distinguiria as disciplinas das sociedades e das associações, tratando cada uma de maneira específica. Na Constituição Federal, portanto, faz-se menção às associações *lato sensu*, gênero do qual as associações *stricto sensu* – também chamadas de associações sem fins econômicos, regidas pelo Código Civil – são espécie⁶⁹.

Sobre os fundamentos da liberdade de associação como garantia constitucional, na perspectiva de um direito subjetivo individual, ela encontra uma vinculação sistemática com as liberdades políticas e com a liberdade de opinião⁷⁰. Ao contrário do que ocorre no caso específico das sociedades, a liberdade de associação para fins não econômicos não decorre meramente da liberdade de iniciativa, mas sim dos princípios da autodeterminação e de dignidade da pessoa humana.

Ademais, o direito da liberdade de associação, constitucionalmente assegurado, comporta múltiplas dimensões. Destacam-se as seguintes: a) individual e institucional; b) interna e externa; c) positiva e negativa⁷¹. Essas dimensões se entrelaçam, conforme se verá a seguir.

As dimensões positiva e negativa da liberdade individual são de grande relevância para o tema em apreço, qual seja, o direito de ingresso em uma associação. Referem-se, respectivamente, ao direito de constituir nova associação ou aderir a uma já existente, e ao direito de não se associar ou não permanecer associado.

Quando há uma pessoa externa à associação, que deseja nela ingressar, mas é recusado, tem-se justamente uma colisão entre o direito de associação em sua vertente positiva individual – terceiro que quer se associar – e em sua vertente negativa – membros associados e associação, como pessoa jurídica, que não querem se associar a determinada pessoa. Para auxiliar na resolução desse impasse, é de grande valia a lógica do Direito Civil, na medida em que os direitos

⁶⁸ SZTAJN, Rachel. Associações e sociedades: à luz da noção de contrato plurilateral. Revista de Direito Privado, vol. 21, p. 223-234, jan/mar. 2005.

⁶⁹ “A Constituição Federal, desse modo, apresenta um tipo geral associativo que se desdobra em outros subtipos que se posicionam horizontalmente em uma série de tipos”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 106.

⁷⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 125.

⁷¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 124.

fundamentais não oferecem um norte claro⁷²: sempre que uma das partes invoca um direito fundamental (liberdade de não se associar), a outra pode invocar um correspondente (liberdade de se associar), ou um outro direito fundamental contraposto (igualdade ou não-discriminação).

Nesse mesmo sentido, é importante a análise de eventuais limites que a associação tem ao estabelecer os critérios, em seu estatuto, para o ingresso de novos membros. Tal questão diz respeito à dimensão institucional da associação, ou seja, à sua organização tanto na relação entre os associados e a associação, quanto na interação da entidade com o mundo exterior⁷³.

Assim, internamente, há uma liberdade de escolha do subtipo associativo e, a partir desse, de como se dará a configuração da associação. Quanto ao viés institucional externo, tem-se que os fins da associação devem ser lícitos, se analisados em conformidade com o ordenamento jurídico, e não apenas mediante contraposição em relação a algumas regras ou princípios de maneira isolada⁷⁴.

Por fim, reitera-se que o artigo 5º, inciso XVIII da Constituição Federal veda a interferência estatal no funcionamento das associações. Tal dispositivo, sem dúvidas, não impede totalmente a atuação do judiciário sobre elas, mas deixa claro que uma intervenção judicial somente pode ser realizada mediante situação grave e com provas suficientes.

Para Paulo Gustavo Gonet Branco, a liberdade de escolha de associados decorre do direito de não se associar e do veto à interferência estatal no funcionamento das associações⁷⁵. Em linha de princípio, então, o Estado não poderia impor o ingresso de alguém; do contrário, estaria obrigando os anteriores sócios a se associarem com quem não desejam⁷⁶. Há casos, porém, em certos tipos

⁷² SMITS, Jan M. Private law and fundamental rights: a sceptical view. In: BARHUYSEN, Tom; LINDENBERGH, Siewart (Ed.). Constitutionalisation of private law. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006, p. 9-23.

⁷³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 136.

⁷⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 150.

⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 308.

⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 308.

de associações, que barrar o ingresso de um proponente não será medida legítima⁷⁷.

2.2 A AUTONOMIA ORGANIZACIONAL E DE FINALIDADE DAS ASSOCIAÇÕES SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO CIVIL

Estabelecida a diferenciação entre o Direito Público e o Privado, ressaltada a importância metodológica da teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e feita uma breve introdução às tratativas da Constituição no tema das associações, é essencial que seja realizada a retomada das bases jurídicas das associações sem fins econômicos sob a égide do Código Civil de 2002, para compreender como a hermenêutica civil entende esse fenômeno.

Ora, são consideráveis as alterações realizadas no âmbito das associações do Código Civil de 1916 ao Código Civil de 2002, e, mais tarde, com reforma desse último pela Lei 11.127/2005. O Código Civil de 1916 sequer possuía uma preocupação em distinguir as associações das sociedades; deduz-se que isso ocorria pois as associações sem fins econômicos, à época de sua confecção, não possuíam tanta relevância social. Antes da década de 1970, existiam menos de 4% das associações que existem hoje no Brasil⁷⁸. À medida que foi se consolidando a liberdade de associação, parece que o legislador foi se atentando para a necessidade de regulação específica. O Código Civil de 2002 já diferencia entre as sociedades e as associações, embora houvesse, até o advento da Lei 11.127/2005, abertura muito maior para intervenções e controle Estatal sobre seu funcionamento, em função da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73)⁷⁹.

Após a Lei 11.127/2005, constata-se um anseio de compatibilização da legislação infraconstitucional com a norma da Constituição sobre a vedação de intervenção estatal no funcionamento das associações, na medida em que são alterados os artigos 53 e seguintes do Código para flexibilizar regras de exclusão de

⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 308.

⁷⁸ Dados retirados de: ALVES, Mario Aquino; NOGUEIRA, Fernando do Amaral. As associações civis podem ser escolas democráticas? Efeitos de Algumas Características Organizacionais. Rev. Administração Pública e Gestão Social, São Paulo, 6(1), p. 2-10, jan-mar 2014. p. 02

⁷⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A reforma do direito das associações sem fins econômicos pela Lei nº 11.127 de 2005 e o Terceiro Setor. Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTTS, Belo Horizonte, ano 1, nº 1, jan/jun 2007.

associados e de quórum⁸⁰. Isso tudo sem falar no advento das regulações sobre o Terceiro Setor, que, embora bastante importantes, não podem restringir a ampla liberdade de associação a “este ou aquele projeto político circunscrito no tempo e no espaço”⁸¹.

Saindo um pouco da perspectiva gramatical, quanto à natureza jurídica das associações, a discussão é de longa data. Acerca do tema, a doutrina se divide em (a) teorias contratuistas e (b) anticontratuistas. Cada uma dessas correntes contribuiu para a análise dos fenômenos societários e associativos.

Brevemente, no que concerne às teorias anticontratuistas, algumas se destacam. Pontes de Miranda⁸² explica o ato constitutivo em si como negócio jurídico e ato coletivo, muito embora ele pudesse estar contido em um contrato⁸³; a entrada de um novo membro seria, também, negócio jurídico, pois se adere ao que já foi negociado. Boa parte da doutrina, contudo, considera o ato constitutivo das associações como contratual, visão importada do direito societário. Túllio Ascarelli⁸⁴ se destaca nessa vertente teórica, e, à sua época, defendeu a qualificação do ato constitutivo das sociedades e associações como contratos plurilaterais – diferenciando-os dos contratos de permuta.

Nesse sentido, o direito italiano analisa o direito de ingresso de uma perspectiva contratuista, em que aquele que deseja se associar “encaminharia uma proposta que poderia ser aceita ou não. Inexistiria, portanto, um direito de participação em associações, por mais que os estatutos estruturassem a entidade de maneira aberta”⁸⁵. Eventuais cláusulas de abertura da associação, para Francesco Galgano, somente teriam a finalidade de proteger os interesses dos

⁸⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A reforma do direito das associações sem fins econômicos pela Lei nº 11.127 de 2005 e o Terceiro Setor. Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, Belo Horizonte, ano 1, nº 1, jan/jun 2007.

⁸¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A reforma do direito das associações sem fins econômicos pela Lei nº 11.127 de 2005 e o Terceiro Setor. Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, Belo Horizonte, ano 1, nº 1, jan/jun 2007.

⁸² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, parte geral, tomo I, introdução: pessoas físicas e jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 501.

⁸³ “o que se havia de criticar era a conceituação do ato jurídico como contrato: o contrato pode contê-lo, - ele, porém, não é contrato; o que dele se irradia não são créditos e débitos, ou pretensões e obrigações, e sim a criação do sujeito de direito e de relações de participação social” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado, parte geral, tomo I, introdução: pessoas físicas e jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 502)

⁸⁴ ASCARELLI, Tullio. Problemas das sociedades anônimas e direito comparado. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 255-312.

⁸⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 128.

atuais associados, não se podendo sustentar, a partir delas, direitos subjetivos de terceiros de participar da associação⁸⁶.

Rodrigo Xavier Leonardo⁸⁷, em uma perspectiva mais atual, explica que o advento do Código Civil de 2002 fez emergir novamente o debate doutrinário para o fim de classificar as associações sem fins econômicos dentro do universo jurídico. Amplia-se a reflexão para além da dicotomia acima apresentada, entre ato coletivo e contratualismo, devendo-se levar em consideração o importante papel democrático das associações e a época histórica que se vive hoje de promoção dessas entidades. Para ele, então, o ato constitutivo das associações sem fins econômicos seria negócio jurídico plurilateral, organizativo e complexo.

É negócio jurídico porque tem como elemento nuclear do seu suporte fático a manifestação consciente de vontade, “em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico”⁸⁸. Diferencia-se, portanto, do contrato, o qual seria apenas uma das espécies dentro do gênero negócio jurídico.

Nessa toada, vale mencionar que “existência, validade e eficácia são três situações distintas por que podem passar os fatos jurídicos, e, portanto, não é possível tratá-las como se fossem iguais”⁸⁹. Relembrada essa premissa da doutrina pontiana, será feita uma apreciação do fato jurídico “associações sem fins econômicos” especialmente nos planos da existência e da validade, mais relacionados com o tema do direito de ingresso.

Os artigos 53 a 61 do Código Civil disciplinam as associações. Nos termos da lei, então, define-se as associações como a “união de pessoas que se organizem para fins não econômicos”. A partir desse enunciado, três componentes essenciais à existência do negócio jurídico associativo se destacam: a união voluntária de pessoas, a adoção de determinada organização, e a busca de finalidades não econômicas. Sobre a união de pessoas, veja-se que ela deve ser voluntária e

⁸⁶ GALGANO apud LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 128.

⁸⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 179.

⁸⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 225.

⁸⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 134.

consciente, pois se trata de autêntico exercício de uma liberdade – inclusive de escolha da categoria eficaz –, bem como deve ser convergente e plural, na medida em que é necessário um mínimo de duas pessoas para sua formação⁹⁰. Já a organização da associação seria corporativa, particularizando, assim, esse negócio jurídico; denota-se, aqui, a formação de uma realidade supraindividual, diversa da mera justaposição das vontades dos associados, não havendo que se falar em direitos e obrigações recíprocas entre eles, mas sim, em geral, apenas entre os associados e a própria associação⁹¹. Por fim, o Código Civil determina a exigência da busca de finalidades não econômicas, optando por vincular as associações a um escopo, e não a um objeto social específico; tal opção permitiu, então, que organizações bastante diferentes entre si pertencessem a um mesmo subtipo associativo⁹².

No plano da validade do negócio jurídico associativo, a invalidade pode decorrer: (i) de eventual defeito na manifestação de vontade; (ii) da falta de cumprimento de requisitos de validade quanto ao objeto (licitude, possibilidade, determinabilidade e moralidade) ou (iii) da ausência de componente complementar que acarreta a nulidade do estatuto (forma), mas não do ato constitutivo em si⁹³.

Salienta-se, então, que as associações de direito privado submetem-se a um regime jurídico de ‘direito privado’, e a configuração interna destas organizações, os critérios abstratos para o ingresso ou para a exclusão de associados, a distribuição de atividades e prioridades, em geral, encontram-se imunes à intervenção estatal⁹⁴. Isso porque, na ótica da doutrina civilística, forçar a admissão de novos pretendentes associados pode constituir descon sideração do elemento cerne do núcleo do suporte fático (vontade) do negócio jurídico associativo de adesão de novo membro.

A adesão de um novo membro a uma associação, tratando-se de negócio jurídico, não é direito potestativo. Ou seja, não é uma hipótese em que um sujeito tem o poder, com sua unilateral manifestação de vontade, de constituir ou modificar

⁹⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 197.

⁹¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 199.

⁹² LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 205.

⁹³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 205.

⁹⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 155.

uma situação sobre a qual não é o único que possui interesse juridicamente relevante. O proponente, então, *a priori*, depende de uma aceitação por parte da associação sem fins econômicos para nela ingressar, pois seu ingresso pode interferir na esfera jurídica daqueles que já são membros.

Perlingieri, ao explicar o direito potestativo, diz que a “atribuição a um sujeito de um poder que, exercido, produz conseqüências também em outras situações deve ter, como qualquer situação subjetiva, uma razão justificadora que mereça tutela”⁹⁵. Essa afirmativa induz a pensar que, novamente, para a interferência do judiciário na liberdade de associação, deve haver, ao menos, um motivo relevante juridicamente.

Na mesma linha, Paulo Lôbo⁹⁶ discorre sobre a inexistência de um direito subjetivo de ser admitido como associado, visto que da mera proteção ao direito fundamental de associação, consolidado constitucionalmente, não se pode depreender tal modalidade de direito potestativo formador.

A princípio, então, tem-se que: (i) a liberdade de associação *lato sensu* é constitucionalmente protegida, sendo vedada a intervenção estatal; (ii) o negócio jurídico de adesão à associação *stricto sensu* submete-se à lógica do direito privado, e depende da manifestação de vontade da entidade para se formar, não sendo direito potestativo; (iii) por consequência, eventual intervenção do judiciário no sentido de forçar o ingresso de alguém em uma associação é exceção que deve ser fundamentada.

Dessas constatações resulta a vinculação às disposições estatutárias no que diz respeito à admissão de novos associados, conforme se depreende do artigo 54, inciso II e 56 do Código Civil. Tal raciocínio decorre, além da ampla liberdade organizacional conferida pela legislação, da autonomia privada, característica dos negócios jurídicos, cujo elemento cerne é a vontade.

Para Assis Gonçalves Neto “o estatuto é quase tudo na associação. A escassez de disposições legais acerca da figura jurídica da associação e o caráter supletivo das normas existentes põem em evidência a importância do estatuto social

⁹⁵ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 125.

⁹⁶ LÔBO, Paulo. Direitos dos Associados. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Unie (Org.). Associações: constituição, fundamentos e perspectivas. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 261.

que, como visto, pode ser tomado como lei fundamental de cada associação constituída”⁹⁷.

Segundo esse raciocínio, é possível estabelecer que, nos dizeres Nelson Nery Junior, em geral, “não há arbitrariedade na conduta de associação que recusa proposta de admissão de sócio com fundamento nos estatutos sob a alegação de não preencher o proponente requisitos voltados para a unidade e o bem do corpo associativo (...)”⁹⁸. As normas estatutárias de admissão resguardam os objetivos da sociedade, pois garantem, de diversas maneiras, a tranquilidade social para atingi-los, sendo perfeitamente legais.

Na mesma linha, Paulo Lôbo⁹⁹ coaduna com o entendimento de que o estatuto define quem pode ser admitido, segundo requisitos próprios para o cumprimento das finalidades da entidade, desde que não consistam em violações de princípios ou garantias constitucionais que violem a dignidade da pessoa humana.

Importante ressaltar, novamente, que nem tudo se insere no conceito aberto de dignidade humana. O preenchimento desse conceito deve ser feito a partir de uma elaboração doutrinária técnica, tendo em vista as vastas objeções sobre como o constitucionalismo acrítico tem banalizado o termo. A dignidade da pessoa humana atingiu, nos tribunais, um grau de abstração tão intenso, que acaba tornando difícil sua aplicação; percebe-se uma dificuldade enorme dos julgadores para identificar o sentido da norma jurídica no ordenamento, os quais acabam recorrendo à dignidade da pessoa humana como recurso meramente retórico de justificação de suas decisões¹⁰⁰. “Estar de acordo em abstrato com a proteção da dignidade da pessoa humana não leva diretamente, como anunciado, à determinação de que medida concreta deve ser adotada para preservá-la”¹⁰¹.

⁹⁷ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. O estatuto da associação: conteúdo e limitações. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). Associações: constituição, fundamentos e perspectivas. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 10.

⁹⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 389.

⁹⁹ LÔBO, Paulo. Direitos dos Associados. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). Associações: constituição, fundamentos e perspectivas. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 261.

¹⁰⁰ LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil Constitucional. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 9, n. 33, p. 123-164, 30 dez. 2015. p 142.

¹⁰¹ LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil Constitucional. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 9, n. 33, p. 123-164, 30 dez. 2015. p 143.

Para Assis Gonçalves Neto¹⁰² os requisitos ou condicionantes de admissão podem variar ao infinito, devendo o estatuto regular o procedimento, estabelecendo os documentos que devem instruir eventual proposta e o órgão incumbido de deliberar sobre o assunto.

É comum nas associações, por exemplo, exigência de pagamento de jóia de admissão, ou até mesmo a fixação de um número máximo ou mínimo de associados; em suma, os membros do grupo escolhem livremente aqueles com os quais querem conviver na realização dos fins associativos¹⁰³. Para Gonçalves Neto, seria possível vislumbrar, inclusive, exigência que imponha ser o associado do sexo masculino ou feminino, como ocorre com a Associação das Mulheres da Carreira Jurídica¹⁰⁴.

Barbara Rigaud¹⁰⁵ deixa claro que, em regra, uma associação tem o direito de livremente escolher seus membros, estipulando como condições, por exemplo, o patrocínio de novos candidatos por membros da associação, um período de teste antes da aquisição da qualidade de associado, um voto majoritário ou unânime dos membros fundadores, e a ausência de necessidade de justificação da recusa da proposta de ingresso.

Depreende-se do exposto até aqui que, a princípio, quando a restrição está diretamente relacionada com a realização dos fins associativos, e, evidentemente, tais fins são lícitos, é possível inserir no estatuto os mais variados critérios de admissão, e é possível a rejeição do pretendente a associado.

Com isso se quer dizer que uma associação de senhoras católicas, cujo fim é professar e discutir a fé entre elas (fim lícito), pode estabelecer restrição estatutária de que não serão aceitas pessoas sabidamente de outras religiões. No mesmo sentido, também é viável que um Centro Acadêmico de Direito exija que seus associados sejam estudantes de direito em determinada universidade. Uma

¹⁰² GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. O estatuto da associação: conteúdo e limitações. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). Associações: constituição, fundamentos e perspectivas. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 16.

¹⁰³ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. O estatuto da associação: conteúdo e limitações. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). Associações: constituição, fundamentos e perspectivas. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 16.

¹⁰⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. O estatuto da associação: conteúdo e limitações. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). Associações: constituição, fundamentos e perspectivas. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 16.

¹⁰⁵ RIGAUD, Barbara. The freedom to join an association: a principle in question. The international journal of not-for-profit law, vol. 2, n. 4, jun. 2000. Disponível em <http://www.icnl.org/research/journal/vol2iss4/art_4.htm>. Acesso em 10 out 2018.

associação de Futebol Masculino pode impedir a entrada de mulheres, tendo em vista que o objetivo é treinar o esporte na modalidade masculina (diferenciação de sexo tradicionalmente adotada em competições esportivas). A Associação de Mulheres da Carreira Jurídica, com finalidade de destacar a atuação feminina na profissão, também estaria dentro de seus direitos ao recusar pessoa do gênero masculino.

O que claramente não é possível, por outro lado, é ter uma associação cujo fim seja a atuação discriminatória. A própria finalidade já torna nula essa associação, pois seu objeto é ilícito de acordo com o sistema jurídico.

Salienta-se, nesse ponto, que os fins ilícitos não são apenas aqueles tipificados pela lei penal, mas também aqueles que contrariam os bons costumes ou que, de qualquer modo, são contrários ao direito¹⁰⁶. Para Pontes de Miranda, inclusive, os fins da associação podem não se resumir ao que consta no ato constitutivo ou em seu estatuto, devendo-se considerar o conjunto das atividades efetivamente desenvolvidas pela entidade¹⁰⁷.

Foram apresentados, até agora, os casos extremos, de aplicação bastante clara, quase intuitiva, dos preceitos do direito civil. Há, porém, e esses são os casos mais controversos, associações em que a restrição estatutária estaria apenas indiretamente vinculada às finalidades e à função da associação, influenciando na afetividade e nas convicções internas dos membros. Ou ainda, casos em que o estatuto atribui à diretoria a aceitação de novos membros, a qual pode simplesmente recusar injustificadamente novos associados. Esses seriam casos mais complicados, sobre os quais não se pode chegar a uma solução fixa e taxativa, apenas orientativa, pois se depende muito das infinitas variáveis do caso concreto.

Dessa maneira, não se pode estabelecer resposta fixa sobre se haveria ou não um direito ao ingresso, mas, sim, segundo Rodrigo Xavier Leonardo, “há que se avaliar o subtipo associativo, da estrutura organizacional interna à associação e o papel desenvolvido pela específica associação em questão”¹⁰⁸.

Estabelecidas essas premissas, insta verificar quais aspectos da associação e quais as situações fáticas que abririam espaço a eventuais exceções.

¹⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 305.

¹⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 306.

¹⁰⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

2.3 FATORES QUE PODEM INDICAR SITUAÇÃO EXCEPCIONAL E MERECIMENTO DE INTERVENÇÃO PELO JUDICIÁRIO

Para além das disposições do estatuto, Gustavo Tepedino explica que é essencial às associações a *universitas personarum*, ou seja, a afinidade entre seus membros para perseguir o fim colimado¹⁰⁹. Trata-se de critério que pode ser relacionado com o exercício das finalidades da associação e com sua organização: por vezes tem uma importância chave, e por vezes sua importância é reduzida.

Realizadas essas observações, aponta-se na doutrina uma possível classificação entre associações expressivas (espirituais e ideológicas), que exigiriam um maior grau de afinidade entre os membros para atingir os fins colimados, e as não-expressivas (profissionais ou comerciais), sendo que, nessas últimas poderia haver uma maior necessidade de ingerência estatal, por terem um caráter ‘menos privado’¹¹⁰.

Essa classificação, trazida por alguns livros da doutrina brasileira, foi bastante desenvolvida por decisões da Suprema Corte Americana que discutiram o direito da associação de selecionar seus membros.

Antes de adentrar os méritos da classificação entre associações expressivas e comerciais, é importante lembrar que a liberdade de associação aparece como básica para o Estado Democrático de Direito, propiciando autoconhecimento e o desenvolvimento da personalidade, conferindo maior ímpeto à democracia participativa. Não obstante a vinculação da liberdade de associação com a autonomia da vontade, liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana, “não se pode incorrer no equívoco de considerar essa liberdade como meramente complementar de outras tantas”¹¹¹.

¹⁰⁹ TEPEDINO, Gustavo. A admissão de associados e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: a constitucionalidade de critérios admissionais diferenciados. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie. Associações: constituição, fundamentos e perspectivas. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 335-350.

¹¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. A admissão de associados e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: a constitucionalidade de critérios admissionais diferenciados. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie. Associações: constituição, fundamentos e perspectivas. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 335-350.

¹¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 302.

Carpenter reforça essa concepção, explicando a importância de se proteger especificamente a liberdade de associação, e não apenas a liberdade individual, já que, historicamente, as ações estatais autoritárias que tentaram controlar a liberdade de expressão o fizeram perseguindo grupos, e apenas incidentalmente ou instrumentalmente encontravam os indivíduos¹¹². Para ele, então, um dos principais valores contidos na liberdade de expressão seria a proteção a pessoas que desejam reunir-se com outras e promover causas comuns - definição muito similar à disposta no artigo 53 do Código Civil vigente.

Nesse sentido, Paulo Gonet Branco reforça a autonomia das associações na escolha de seus objetivos, ressaltando que nela está englobada a proteção à liberdade de criação de grupos em si mesma – desde que lícitos – e não necessariamente para fins democráticos, por exemplo; essa consideração será útil para o enfrentamento de diversas questões práticas¹¹³.

Considerando esse papel específico da liberdade de associação, Carpenter¹¹⁴ analisa um caso que se tornou emblemático nos Estados Unidos no ano 2000: o *Boyscouts of America v. Dale*. Trata-se de caso em que foi invocada a Primeira Emenda¹¹⁵ da Constituição daquele país para sustentar o direito de um grupo de escoteiros a excluir de sua associação um “chefe-escoteiro” (*eagle scout*) em razão de ter-se tomado conhecimento de sua homossexualidade. A Suprema Corte de New Jersey julgou a favor do ingresso de Dale, mas a decisão foi revertida pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que julgou a favor dos *Boyscouts*.

Para o presente trabalho importa, mais que o resultado da demanda em si, o debate que veio à tona, colocando em pauta a liberdade de associação frente a normas antidiscriminatórias, tema sobre o qual a doutrina e a jurisprudência brasileira muitas vezes deixam a desejar e raramente realizam uma análise mais detida, por se tratar de assunto mais delicado.

¹¹² CARPENTER, Dale. Expressive Association and Anti-Discrimination Law After Dale: A Tripartite Approach. Minnesota Law Review, vol. 85, p. 1515, 2001. p. 1519.

¹¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 302.

¹¹⁴ CARPENTER, Dale. Expressive Association and Anti-Discrimination Law After Dale: A Tripartite Approach. Minnesota Law Review, vol. 85, p. 1515, 2001.

¹¹⁵ "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances". ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constitution of the United States. United States Senate. 1787. Disponível em <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em 22 out 2018.

Carpenter propõe em seu artigo sobre o *Boyscouts of America Vs. Dale*, uma qualificação das associações em três tipos: (a) associações comerciais; (b) associações expressivas; e (c) associações quase-expressivas¹¹⁶. Essas últimas representariam os verdadeiros *hard-cases*, e exigiriam uma análise da natureza da atividade específica da associação ou mesmo o aspecto organizacional cuja regulação se almeja¹¹⁷. Em geral, dever-se-ia “proteger o grupo naquilo em que é expressivo e reforçar as leis antidiscriminação naquilo em que não é”¹¹⁸. Como exemplo, no caso em questão, sendo a *Boy Scouts of America* um clube que desenvolve tanto atividades comerciais quanto expressivas, ela não poderia discriminar quanto a eventuais lojistas contratados, mas poderia, em contrapartida, ter mais liberdade em escolher os detentores de posições de liderança dos escoteiros, que exercem função expressiva dentro dela, de disseminação de seus valores.

Trata-se de classificação interessante, e aspecto a ser ponderado nos casos concretos em que se identifique uma possível discriminação como causa da recusa do ingresso. Contudo, ao contrário dos Estados Unidos, o sistema jurídico brasileiro não possui legislação infraconstitucional estadual específica sobre a discriminação. Evidentemente que, por esse motivo e pela complexidade do tema, é possível que tal classificação não seja suficiente na prática, e que haja outros aspectos a serem considerados, mas nada impede que ela seja um dos fatores a serem analisados.

Carpenter realiza também um minucioso levantamento histórico sobre as ações governamentais que buscaram regular – e restringir – o direito de liberdade de associação. Pondera que, embora a *Boy Scouts of America* não seja uma associação de pessoas vulneráveis ou de minorias históricas,

se uma Associação tão potente quanto a *Boy Scouts of America* pode ser forçada a se curvar às vontades do Estado, o quão mais provável não seria que uma associação constituída por grupos mais fracos e verdadeiramente impopulares fosse forçada a sucumbir? (...) uma associação popular hoje talvez seja injuriada amanhã, e vice-versa. Assim, a proteção da Primeira Emenda não deve variar de

¹¹⁶ CARPENTER, Dale. Expressive Association and Anti-Discrimination Law After Dale: A Tripartite Approach. *Minnesota Law Review*, vol. 85, p. 1515, 2001. p.1563.

¹¹⁷ CARPENTER, Dale. Expressive Association and Anti-Discrimination Law After Dale: A Tripartite Approach. *Minnesota Law Review*, vol. 85, p. 1515, 2001. p.1563.

¹¹⁸ CARPENTER, Dale. Expressive Association and Anti-Discrimination Law After Dale: A Tripartite Approach. *Minnesota Law Review*, vol. 85, p. 1515, 2001. p.1563.

acordo com a visão momentaneamente popular de um grupo ou de uma pessoa¹¹⁹.

Essa percepção do autor aconselha cautela, no mínimo, ao determinar-se em qual medida e com que profundidade o Estado pode regular a liberdade de associação, em especial aquelas de cunho expressivo e intimamente relacionadas com a liberdade de opinião. É evidente que, em alguma medida, o Estado deve regulá-las; difícil é chegar-se a um consenso sobre o quanto. Excessos, para ambas as extremidades, são perigosos.

No julgamento do caso *Roberts v. United States Jaycees*, em que se questionava a admissão de mulheres como associadas titulares do direito ao voto em associação que somente admitia o ingresso de homens, *Justice* O'Connor seguiu a mesma classificação, mas considerou os Jaycees como uma associação comercial, e permitiu o ingresso de Roberts¹²⁰. Ressaltou, contudo, que se a associação fosse expressiva, então ela teria a proteção integral da Primeira Emenda, tanto sobre o conteúdo da mensagem quanto à escolha de seus membros; sequer precisaria haver ligação entre os dois. Segundo O'Connor, citado por Carpenter, "a formação de uma associação expressiva é a criação de uma voz, e a seleção de seus membros é a definição dessa voz"¹²¹.

O critério da expressividade, então, pode orientar o julgador sobre a necessidade e a intensidade de intervenção nessas entidades.

Paulo Gonet Branco converge com essa posição dentro do contexto brasileiro. Acrescenta, contudo, que associações "com meta de representação de interesses não poderiam recusar o ingresso nelas de todos os abrangidos pela atividade ou pelo grupo que dizem representar"¹²². Ele justifica seu posicionamento aduzindo que "quem pretende assumir a condição de porta-voz ante as instâncias públicas e nas relações sociais dos interesses de uma certa coletividade de pessoas deve permitir que confluem à formação da vontade do grupo todas as correntes de opinião que se

¹¹⁹ CARPENTER, Dale. Expressive Association and Anti-Discrimination Law After Dale: A Tripartite Approach. Minnesota Law Review, vol. 85, p. 1515, 2001. p. 1520, tradução nossa.

¹²⁰ CARPENTER, Dale. Expressive Association and Anti-Discrimination Law After Dale: A Tripartite Approach. Minnesota Law Review, vol. 85, p. 1515, 2001. p. 1565, tradução nossa.

¹²¹ CARPENTER, Dale. Expressive Association and Anti-Discrimination Law After Dale: A Tripartite Approach. Minnesota Law Review, vol. 85, p. 1515, 2001. p. 1565, tradução nossa.

¹²² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 309.

formam no conjunto das pessoas que se dizem representar”¹²³. Por isso, também pode haver modulações nos mecanismos de formação de vontade dessas entidades representativas, que devem ser democráticos. O caráter de representatividade da associação, então, pode ser mais um aspecto que norteia o julgador.

A classificação tripartite (expressiva, comercial e quase-expressiva) das associações culmina com um compromisso: “defensores da liberdade de expressão terão que sacrificar uma visão libertária da Primeira Emenda. Defensores da igualdade terão que aceitar que existem limites ao poder do Estado de fazer com que as pessoas sejam boazinhas. Cada lado terá seu sonho recusado, mas ficará a salvo de seus pesadelos”¹²⁴. Trata-se de perspectiva mediadora interessante.

É curioso, ademais, apontar que recentemente, o *Boy Scouts of America* livremente decidiu iniciar a aceitação de líderes escoteiros homossexuais e transgêneros¹²⁵. Essa alteração de postura com o tempo pode ser um indicativo de que o estudo sobre as discriminações, inclusive as veladas, deve se expandir, não apenas limitando-se à jurisprudência, mas também averiguando a realidade social e os efeitos *a posteriori* que casos como esse tem na sociedade, ao longo do tempo. Esse foi um exemplo de caso em que, embora o judiciário não tenha forçado o ingresso, houve uma mudança social. Ficam os questionamentos sobre o porquê isso ocorreu e se a demora pode ou não ser aceitável nesses casos.

Para orientar esse dilema, Ferreira da Silva identifica duas correntes teóricas. A primeira defende o afastamento da participação interventiva do Estado para a realização de finalidades antidiscriminatórias, uma vez que o mercado naturalmente conduziria aos resultados almejados, e que intervenções assim podem implicar em gastos desnecessários e efeitos contrários dos buscados¹²⁶. Uma segunda corrente explica que em diversos países já há, no direito positivo, dispositivos sobre o assunto, e que o tempo necessário para a atuação de um mercado livre sobre condições discriminatórias graves pode ser bastante longo e exigir a ‘renúncia’

¹²³ SALVADOR apud MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 309.

¹²⁴ CARPENTER, Dale. Expressive Association and Anti-Discrimination Law After Dale: A Tripartite Approach. Minnesota Law Review, vol. 85, p. 1515, 2001. p. 1587, tradução nossa.

¹²⁵ Sobre o posicionamento atual do *Boy Scouts of America*, ver: LEE, Kurtis. Here is how the Boy Scouts has evolved on social issues over the years. Los Angeles Times, Los Angeles, 05 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.latimes.com/nation/la-na-boy-scouts-evolution-2017-story.html>>. Acesso em 28 out. 2018.

¹²⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A proteção contra a discriminação no direito contratual brasileiro. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Coimbra: Edições Almedina SA, 2007. p. 391.

temporária de certos grupos a seus direitos fundamentais, não se levando em conta as reais causas da discriminação¹²⁷.

Para Jorge Cesa Ferreira da Silva, também, há vedação, *prima facie*, à utilização de determinados “sinais” como critérios orientadores da seleção dos membros, como cor da pele, idade, sexo, religião, que não podem ser usados para estabelecer tratamento diferenciado. Contudo, fundada em um motivo justo e proporcional, essa proibição relativa pode ser afastada¹²⁸. No caso concreto, quanto mais sinais estiverem presentes, mais atenção deve ser dada ao caso.

É claro que resta aberto à interpretação quais seriam os motivos ‘justos e proporcionais’, os quais perigosamente poderiam criar margem para uma intervenção estatal descontrolada, assim como ocorreu com o termo ‘interesse público’. As variáveis dos casos concretos são infinitas, e uma interpretação ampla demais desse conceito poderia levar à restrição descabida da liberdade de associação.

Paulo Mota Pinto¹²⁹, para ilustrar tais motivos justos, explica que haveria “elementos suspeitos” (origem étnica, língua, aparência, raça, orientação sexual, religião) que, de *per si*, não bastam ao exercício de restrições para contratar com outras pessoas. Somente seriam aceitáveis quando houver o que o autor chama de uma “razão substancial”, como, por exemplo, quando se visa “contratação de um ator para determinado papel que tem que ser desempenhado por uma pessoa com certa aparência étnica” ou na busca de “contratação de uma pessoa para trabalhar aos fins de semana, quando sua religião o impede”¹³⁰. Ele aponta, ainda, que, além da razão substancial, a questão também pode se resolver na esfera privada, ilustrando situação em que “seria admissível a recusa [ao locatário por motivos religiosos] quando o locador queira alugar quarto em sua própria casa”. Essa

¹²⁷ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A proteção contra a discriminação no direito contratual brasileiro. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Coimbra: Edições Almedina SA, 2007. p. 391

¹²⁸ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A proteção contra a discriminação no direito contratual brasileiro. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Coimbra: Edições Almedina SA, 2007. p. 399.

¹²⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; RODAS, Sérgio. Entrevista com Paulo Mota Pinto. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 8, ano 3, jul-set, 2016, p. 378.

¹³⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; RODAS, Sérgio. Entrevista com Paulo Mota Pinto. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 8, ano 3, jul-set, 2016, p. 378.

explicação do direito de recusa a contratar por motivos da esfera íntima e privada se aproxima muito com a questão da expressividade das associações¹³¹.

Tome-se como outro exemplo a Casa do Estudante Luterano, que possui como finalidade “proporcionar moradia de qualidade destinada prioritariamente a estudantes universitários comprovadamente carentes” e “a prestação de serviço cristão ao próximo (...)”¹³², em cujo estatuto encontra-se cláusula que veda o ingresso de mulheres. Ora, pelos critérios até aqui discutidos, não haveria um direito subjetivo de ingresso de uma estudante mulher. Isso porque se trata de esfera eminentemente privada e expressiva, em que os associados inclusive dividem o mesmo ambiente de moradia diariamente, além de poder-se inclusive cogitar eventual conservadorismo religioso basilar da entidade, sem o qual talvez ela sequer tivesse sido fundada.

Casos como esses são um indicativo da importância do desenvolvimento de uma lógica privada para lidar com o tema da discriminação, que tem uma profundidade e importância ímpar em nossa sociedade.

O Código Civil brasileiro, embora não tenha legislação específica sobre o tema, permite a inserção desse debate em sua lógica, inclusive por meio da eficácia indireta dos direitos fundamentais, especialmente se considerado o contido nos seus artigos 12 (direitos da personalidade), 187 (ato ilícito do titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes) e 927 (responsabilidade civil), bem como a ampla aceitação e desenvolvimento da doutrina dos danos morais no âmbito do direito privado. Seriam essas as cláusulas gerais que possibilitariam um maior desenvolvimento da doutrina sobre discriminação no Brasil, passíveis de gerar uma intermediação adequada entre a Constituição e o Código Civil nas relações privadas.

Segundo Jorge Cesa Ferreira da Silva, não é possível chegar a uma solução uniforme, aplicável a todos os casos, no estado atual do debate da discriminação,

¹³¹ Lembre-se, nesse ponto, que o contrato é espécie do gênero ‘negócio jurídico’. Ressalta-se que Paulo Mota Pinto faz a análise das restrições à liberdade de contratação, enquanto as associações sem fins econômicos são negócios jurídicos organizacionais. Contudo, nada impede que, com o devido cuidado metodológico, as ponderações do autor sejam aplicadas ao negócio jurídico associativo, na medida em que ambos pertencem ao mesmo gênero, e, portanto, podem apresentar características similares.

¹³² CASA DO ESTUDANTE LUTERANO. Estatuto da CELU nº 06, de 07 de dezembro de 2005. Curitiba, 2005. Disponível em: <https://docs.wixstatic.com/ugd/5b815e_1a8946745d0945c28a5add87089cec50.pdf>. Acesso em 27 out. 2018.

uma vez que a “inexistência de uma lei geral de antidiscriminação aplicável ao Direito Privado tem por efeito não só a inexistência de um debate dogmático sobre o tema, como também deixa ao desabrigo hipóteses de proteção que exigem intervenção legislativa”¹³³.

Conforme observado até o presente momento, um estudo de direito comparado sobre a discriminação é chave para o desenvolvimento do tema no Brasil, mas não impede que se considerem também as peculiaridades do país.

É impossível encerrar o debate de tema tão delicado e complexo quanto o da discriminação em um singelo trabalho tal como o presente, ou chegar a conclusões rígidas e taxativas sobre o direito de ingresso ou exclusão de um membro em função da identificação da discriminação. O intuito, aqui, foi apenas aprofundar o debate, e instigar que ele ao menos seja levantado nas decisões sobre o tema, nas mais diversas perspectivas.

Eventual interesse eminentemente público a que se destina a associação, também pode gerar proibição de determinadas restrições¹³⁴, conforme se verá melhor na análise dos casos concretos. Há associações que, não obstante sua feição de direito privado, podem desempenhar atividades de caráter público¹³⁵, sendo inclusive reguladas por lei específica, como é o caso dos sindicatos, por exemplo.

Barbara Rigaud, no mesmo sentido, explica que, não obstante como regra o estatuto possa determinar com ampla liberdade as condições de admissão dos associados, há casos em que, por ser o pertencimento a uma associação mandatório para prática de determinadas atividades (como sindicatos, associações profissionais, de comércio e de indústria), pode ser caracterizada exceção, gerando direito de recusa apenas se houver motivo legítimo¹³⁶. Uma associação com monopólio legal de determinada atividade, do mesmo modo, deve aceitar todos os

¹³³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A proteção contra a discriminação no direito contratual brasileiro. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Coimbra: Edições Almedina SA, 2007. p. 416.

¹³⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. O estatuto da associação: conteúdo e limitações. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). Associações: constituição, fundamentos e perspectivas. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 17.

¹³⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 128.

¹³⁶ RIGAUD, Barbara. The freedom to join an association: a principle in question. The international journal of not-for-profit law, vol. 2, n. 4, jun. 2000. Disponível em <http://www.icnl.org/research/journal/vol2iss4/art_4.htm>. Acesso em 10 out 2018.

proponentes quando o vínculo associativo for condição para seu exercício; práticas anti-competitivas também são alvo de análise para exceções na ótica da autora¹³⁷.

Em suma, alguns critérios que podem orientar o julgador são: (i) o grau de expressividade da associação; (ii) a ausência de esfera privada íntima ou de convicções internas alcançada pelo exercício das atividades associativas; (iii) eventual intuito de representatividade de uma classe; (iv) exercício de atividades de caráter eminentemente público; (v) monopólio legal de determinada atividade; (vi) práticas anti-competitivas.

2.4 IGUALDADE NAS RELAÇÕES PRIVADAS E RESTRIÇÃO AO ACESSO A BENS E SERVIÇOS ESSENCIAIS

O exame da liberdade de associação verificado até o momento foi bastante voltado para uma eficácia indireta dos direitos fundamentais. Isso foi feito para buscar balizas mais específicas limitadoras da liberdade de associação dentro do próprio Direito Privado, evitando-se recorrer apenas a uma ponderação *prima facie* entre a igualdade, a não-discriminação e a liberdade de associação. A ponderação, da forma como por vezes vem sendo aplicada pelos tribunais, pode desembocar em graves os excessos cometidos em nome da eficácia direta, a qual passa a servir “de justificação ao sincretismo metodológico e, mais que isso, ao enfraquecimento e à colonização do Direito Civil pelo Direito Constitucional”¹³⁸.

Contudo, é evidente que há doutrinas que tratam seriamente o tema da aplicação direta, e que conseguiram delimitar preceitos bastante relevantes no quesito das associações, imprescindíveis para a completude do presente estudo.

Ainda, o estudo das associações por meio da lógica dos direitos fundamentais também se faz importante quando consideradas algumas vertentes das teorias da eficácia indireta, que sugerem uma aplicação subsidiária dos direitos fundamentais. Para Barak, por exemplo, os casos difíceis devem ser resolvidos pelas ferramentas do Direito Privado; quando elas são inexistentes ou insuficientes, o Direito Privado

¹³⁷ RIGAUD, Barbara. The freedom to join an association: a principle in question. The international journal of not-for-profit law, vol. 2, n. 4, jun. 2000. Disponível em <http://www.icnl.org/research/journal/vol2iss4/art_4.htm>. Acesso em 10 out 2018.

¹³⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais. 2017. 682 p. Tese de livre-docência - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 501.

deve ser revisto, de modo a prover o remédio demandado pela situação concreta, seja reinterpretando as ferramentas existentes ou criando novas¹³⁹. É aí que o jurista poderia recorrer aos direitos fundamentais.

Feitas as considerações acima, cabem alguns apontamentos da doutrina constitucionalista sobre a colisão entre o princípio da igualdade e da liberdade (especificamente a de associação).

Thiago Penido Martins¹⁴⁰, partindo de uma lógica de eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, explica que o princípio constitucional da igualdade, logicamente, tem sua eficácia limitada pela autonomia privada. Para ele, impor aos particulares uma obrigação de sempre observar o princípio da igualdade e uma rígida proibição da discriminação afetaria sobremaneira o desenvolvimento dessas relações humanas, podendo chegar ao absurdo de impedir que alguém livremente escolha seu cônjuge ou tenha que justificar essa escolha¹⁴¹. Assim, nas relações de cunho intimista, deve ser resguardada a “mais absoluta liberdade para eleger com quem contratar, por mais curiosos, diferentes ou moralmente repudiantes que sejam os motivos adotados (...)”¹⁴².

Nessa toada, Thiago Penido Martins¹⁴³ explica que o grau de eficácia do princípio da igualdade e da proibição da discriminação dependerá do caso concreto a ser analisado, variando conforme a natureza jurídica da relação entre particulares, devendo ser limitado especialmente quando for condição direta ou inarrendável para o acesso a bens e serviços essenciais. Esclarece que as associações privadas não se configuram como espaços abertos ao público, e não estão obrigadas, *prima facie*, a admitirem associados com base no princípio da igualdade; por isso, tendo cunho eminentemente privado, elas seriam livres para elegerem com quem desejam se associar, inclusive adotando como critério de eleição o sexo, a etnia, as crenças, a comunhão ou identidade de interesses, sem incorrer em ilegalidades:

¹³⁹ BARAK, Aharon. Constitutional human rights and private law. Review of Constitutional Studies, vol. 3, nº 2, p. 218-281, 1996. p. 260.

¹⁴⁰ MARTINS, Thiago Penido. Eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas privadas. Rev. Derecho Privado, Bogotá, n. 32, p. 109-140, jun 2017.

¹⁴¹ MARTINS, Thiago Penido. Eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas privadas. Rev. Derecho Privado, Bogotá, n. 32, p. 109-140, jun 2017. p. 114.

¹⁴² MARTINS, Thiago Penido. Eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas privadas. Rev. Derecho Privado, Bogotá, n. 32, p. 109-140, jun 2017. p. 114.

¹⁴³ MARTINS, Thiago Penido. Eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas privadas. Rev. Derecho Privado, Bogotá, n. 32, p. 109-140, jun 2017.

O exercício do direito de admissão de pretensos associados estará vinculado à observância dos fins associativos e a vontade dos associados, de modo que se apresenta inadmissível impor-lhes um dever de admitir pessoas que possam comprometer a vontade dos membros associados ou a realização dos fins associativos por eles objetivados e perseguidos¹⁴⁴.

Proibir qualquer espécie de discriminação e admitir uma ampla eficácia do princípio da igualdade nas relações entre privados significaria, para esse autor, “profunda violação ao direito de liberdade de associação, inclusive ao exigir que pessoas que não possuam identidade de ideologia ou de objetivos sejam compelidas a permanecerem associadas contra sua vontade”¹⁴⁵.

André Rufino do Vale aborda a questão no mesmo sentido, especificando que deve ser analisado o caso concreto, e que:

(...) o direito de autodeterminação das associações encontra seus limites precisamente no conteúdo da relação privada determinado pelas regras estatutárias que a própria associação elabora, assim como nas normas e nos princípios de ordem pública, mormente os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente aos sócios.¹⁴⁶

Assim, para Rufino do Vale, “o grau de discricionariedade quanto à admissão ou expulsão de sócios, atribuído às associações privadas, será tanto menor quanto maior for seu poder social e econômico no meio em que atue, assim como sua importância para a vida do sócio”¹⁴⁷.

Acerca do assunto, Gustavo Tepedino se preocupa em salientar o recente posicionamento da jurisprudência que consolida a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, e, por isso, em definir “parâmetros que permitam identificar as hipóteses em que se faz necessária a intervenção do Estado na organização interna das associações, com o escopo de garantir a efetividade dos princípios

¹⁴⁴ MARTINS, Thiago Penido. Eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas privadas. Rev. Derecho Privado, Bogotá, n. 32, p. 109-140, jun 2017. p. 121.

¹⁴⁵ MARTINS, Thiago Penido. Eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas privadas. Rev. Derecho Privado, Bogotá, n. 32, p. 109-140, jun 2017. p. 122.

¹⁴⁶ VALE, André Rufino do. Drittwirkung de direitos fundamentais e associações privadas. Revista de Direito Público, n.º 9, p. 53-74, jul/ago/set. 2005 .p. 64.

¹⁴⁷ VALE, André Rufino do. Drittwirkung de direitos fundamentais e associações privadas. Revista de Direito Público, n.º 9, p. 53-74, jul/ago/set. 2005 .p. 66.

constitucionais”¹⁴⁸. Ao final de seu artigo, ele arrola os seguintes critérios a serem considerados:

(i) os critérios estatutários (art. 54, CC); (ii) o respeito a procedimentos democráticos em atenção aos princípios da legalidade, do devido processo legal e da ampla defesa (art. 5º, II, LIV, LV, C.R.); (iii) a natureza e as finalidades da associação; (iv) as circunstâncias fáticas que no caso específico poderão indicar ausência de merecimento de tutela do critério e estatutário¹⁴⁹.

Observe-se que até mesmo a doutrina que acolhe a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre privados também considera, em sua atividade de ponderação, a importância da autonomia organizacional dessas entidades, e preza pela observância da natureza e das finalidades das associações. Admite-se que, *prima facie*, vigem os critérios do estatuto.

Fachin e Pianovski enfatizam, também, “a necessidade de interpretação dos próprios direitos fundamentais de modo que não se corra o risco de transformá-los em modelos abstratos. Caso contrário [...] os direitos fundamentais serão transformados em elementos meramente formais, despidos de conteúdo, além de instrumentos retóricos de legitimação de reprodução dessa mesma ordem sistêmica”¹⁵⁰. Tendo em vista que esses autores escreveram seu artigo conjunto em 2003, logo após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, parece que realizaram verdadeira previsão do desenrolar da eficácia direta dos direitos fundamentais em alguns tribunais.

¹⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo. A admissão de associados e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: a constitucionalidade de critérios admissionais diferenciados. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie. Associações: constituição, fundamentos e perspectivas. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 346.

¹⁴⁹ TEPEDINO, Gustavo. A admissão de associados e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: a constitucionalidade de critérios admissionais diferenciados. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie. Associações: constituição, fundamentos e perspectivas. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 350.

¹⁵⁰ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p.100.

3 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A jurisprudência brasileira ainda não teve muitas oportunidades de se manifestar sobre o tema em apreço. Alguns casos, contudo, se sobressaem, e serão apresentados a seguir, buscando-se encontrar a *ratio decidendi* de cada um deles.

3.1 CASOS DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO E DO PARANÁ

Os casos sobre direito de ingresso no Tribunal de Justiça do Paraná e no Tribunal de Justiça de São Paulo são escassos, geralmente envolvendo cooperativas médicas¹⁵¹, entidades com natureza distinta daquela das associações.

Parece ser entendimento bastante consolidado, contudo, a possibilidade de clubes recusarem injustificadamente, na forma do estatuto, o ingresso de novos membros. Nos acórdãos dos tribunais, geralmente destaca-se o cunho eminentemente privado desse subtipo associativo, ressaltando-se a possibilidade de se recusar o ingresso de pessoas que não tenham a mesma afinidade e que poderiam tornar desagradável, ou mesmo pôr em risco a existência da associação. Constata-se a observância do regramento estabelecido pelo estatuto, sendo válida, em geral, cláusula que estabelece como critério de ingresso a aceitação pela diretoria, e não sendo necessária apresentação de justificativa para a recusa.

Como exemplo, veja-se a ação ajuizada por pessoa cujo ingresso no São Paulo Futebol Clube foi recusado, tendo o referido clube explicado que os motivos da recusa eram matérias reservadas ao âmbito interno dessa associação, a critério da Diretoria. Sobreveio acórdão¹⁵² determinando que o clube estava no exercício regular de seu direito, uma vez que tal liberalidade seria amparada pelo artigo 5º, inciso XVII, da Constituição Federal, e seu estatuto, inclusive, permitia a recusa injustificada de maneira expressa.

¹⁵¹ Diversos julgados tratam sobre direito de ingresso em quadros de cooperativas médicas, analisando a possibilidade de limitação do número de cooperados, de realização de seleção pública por meio de prova, necessidade de aprovação em processo seletivo. A título de exemplo, veja-se os acórdãos do Tribunal de Justiça do Paraná: Apelação Cível nº 1734168-7 de relatoria do Desembargador Rui Bacellar Filho, 17ª Câmara Cível, julgado em 15/08/2018 e publicado no DJe em 30/08/2018; e a Apelação Cível nº 0008316-56.2015.8.16.0001 de relatoria da Desembargadora Denise Kruger Pereira, 18ª Câmara Cível, julgado em 26/09/2018 e publicado no DJe em 27/09/2018.

¹⁵² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Acórdão. Apelação nº 1041598-54.2013.8.26.0100. Relatora Des. Ana Maria Baldy. São Paulo, 6ª Câmara de Direito Privado, 06 de abril de 2017. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=10329686&cdForo=0>. Acesso em 10 nov 2018.

No mesmo sentido, há outra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que foi julgado improcedente pedido de indenização por danos materiais e morais decorrentes da recusa desmotivada do ingresso da apelante no Clube Náutico de Araraquara¹⁵³. O Relator Desembargador Helio Faria fundamentou sua decisão explicando que a liberdade de associar-se implica na possibilidade de recusar pessoas que não tenham a mesma afinidade e que poderiam tornar desagradável, ou mesmo pôr em risco a própria associação já existente. Por esse motivo, aplicou sem delongas as disposições contidas no estatuto daquela associação, segundo o qual, além da aquisição do título, o candidato deve ter seu nome aceito por maioria absoluta da Diretoria – o que não ocorreu no caso da apelante –, sendo que o fundamento de rejeição não precisaria ser comunicado ao interessado.

Caso semelhante no Tribunal de Justiça do Paraná¹⁵⁴ explica que a natureza recreativa do Clube Águas Claras não permitia que fosse forçado o ingresso do apelante, ou mesmo indenizado dano moral, e que deveria ser respeitada a decisão de não aceitação, mesmo que por motivos pessoais. Veja-se que o julgador desse caso acabou, nas entrelinhas, considerando que inexistia restrição a bens e serviços essenciais ao pretendente em clubes de entretenimento, ou seja, que a natureza associativa não permitiria um direito subjetivo de ingresso.

As decisões acima mencionadas demonstram claramente a obediência ao estatuto das associações, e destacam a importância do critério da afinidade no caso dos clubes. Os tribunais parecem estar acatando o entendimento de que clubes têm ampla liberdade na escolha de seus membros, não havendo dever geral de aceitação de novo membro ou mesmo de justificção da decisão.

Tal percepção parece estar de acordo com a lógica exposta no presente trabalho. Veja-se que os clubes, na maioria dos casos, têm caráter expressivo e eminentemente privado, na medida em que possuem objetivos de convivência social e entretenimento entre seus associados. Ou seja, as pessoas que a ele aderem irão conviver frequentemente em suas dependências, sendo perfeitamente plausível a recusa por questões de afinidade e execução dos objetivos desse subtipo

¹⁵³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Acórdão. Apelação Cível nº 9165690-21.2006.8.26.0000. Relator Des. Helio Faria. São Paulo, 1ª Câmara de Direito Privado, 31 de janeiro de 2012. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=5667539&cdForo=0>. Acesso em 10 nov 2018.

¹⁵⁴ PARANÁ. Tribunal de Justiça. Acórdão. Apelação Cível nº 0006757-15.2008.8.16.0129. Relator Des. Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima. Curitiba, 10ª Câmara Cível, 19 de maio de 2011. Diário da Justiça do Estado, Curitiba, n. 644, 2 jun 2011.

associativo, uma vez que a finalidade do clube, em tese, é justamente a convivência social.

Nos casos acima sequer foram mencionados eventuais “elementos suspeitos” ou “sinais” que poderiam indicar alguma discriminação ilegal *prima-facie*, e que porventura exigiriam que fosse dada maior atenção ao caso. Importante, aqui, ressaltar que o sentido usual do termo “discriminação” é distinto do sentido jurídico, e diversas decisões acabam realizando a confusão sobre a palavra. O sentido usual designa um estado de fato no qual ocorrem tratamentos injustificadamente diferenciados, enquanto o sentido jurídico do termo especifica essa definição, para abranger principalmente políticas que levam em conta esses tratamentos diversos injustificados que são de significância social¹⁵⁵.

Falou-se, nos casos citados do Tribunal de Justiça de São Paulo, contudo, que possivelmente o motivo das recusas seria a existência de antecedentes ou processos criminais em trâmite contra os pretendentes; os tribunais, mesmo assim, reforçaram seu posicionamento de que, de qualquer forma, não seria sua incumbência avaliar os motivos da decisão das diretorias, já que não haveria um dever de justificação em associações dessa natureza.

Paulo Gonet Branco¹⁵⁶, no mesmo sentido da jurisprudência dos tribunais, explica que há de se reconhecer a liberdade de escolha dos associados como consequência do direito de não se associar e como resultado do veto à interferência estatal no funcionamento das associações.

Não havendo que se falar em um dever geral de contratar no ordenamento jurídico brasileiro, resta ao judiciário apenas analisar se o modo como os fatos se passaram poderia gerar danos extrapatrimoniais¹⁵⁷. Nos casos em apreço, não foram averiguadas circunstâncias discriminatórias vexatórias, e assim, ausente o dano moral, bem como o direito subjetivo ao ingresso.

¹⁵⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A proteção contra a discriminação no direito contratual brasileiro. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Coimbra: Edições Almedina SA, 2007. p. 393.

¹⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 308.

¹⁵⁷ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A proteção contra a discriminação no direito contratual brasileiro. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Coimbra: Edições Almedina SA, 2007. p. 413.

Diferente foi caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná¹⁵⁸ em que a Associação dos Cotistas de Rádio Taxi Sereia desligou a frequência do rádio instalado no veículo de um de seus associados, gerando diminuição de 90% em sua clientela, como punição por usar cabelos compridos, conduta que afrontava normas regimentais e estatutárias, bem como legislação municipal. A Associação foi condenada a pagar danos morais ao associado, por ter-se constatado violação da dignidade humana e situação vexatória decorrente da ampla disseminação da notícia sobre a aplicação de penalidade em função de seus longos cabelos. Tanto foi assim que foi apelidado por seus companheiros de profissão de “Roberto Carlos” e “Xuxa”. Embora o acórdão trace toda uma lógica de colisão de direitos fundamentais, discorrendo sobre liberdade de profissão, liberdade de associação e liberdade de expressão, direito à diferença e igualdade, da sua leitura é possível depreender concomitantemente uma aplicação bastante objetiva da lógica civil.

A decisão explica tratar-se de evidente violação dos direitos da personalidade e da esfera íntima do associado, atentando efetivamente contra sua dignidade e causando-lhe danos patrimoniais (redução da clientela) e extrapatrimoniais (dignidade e honra), pelo qual a associação deveria ser responsabilizada civilmente. Um raciocínio bastante privatista (nos moldes do que foi explicado no segundo capítulo), embora sob roupagem constitucional, é identificado quando a decisão dispõe que:

Com efeito, o corte de cabelo deve ser compreendido como expressão da individualidade da pessoa. Está ligado à imagem que a pessoa tem dela própria e do modo como deseja ser vista pelos demais em sociedade. O corte de cabelo adorna o rosto e representa um ideal de aparência e de beleza que se integra a identidade da pessoa. Afigura-se-me fascistóide a idéia de conceber uma sociedade onde todas as pessoas fossem obrigadas a manter cabelos curtos ou cabelos compridos, ou ainda a usar um determinado tipo de roupa e não outro. (...) Submeter o Estado ao Direito significa impor-lhe limites necessários à efetivação do regime democrático, isto implicando a ausência de regras que restrinjam indevidamente à esfera pessoal, em detrimento do Estado.¹⁵⁹

¹⁵⁸ PARANÁ. Tribunal de Justiça. Acórdão. Apelação Cível nº 124094-6. Relatora Desembargador Accácio Cambi. Curitiba, 7ª Câmara Cível, 09 de setembro de 2002. Disponível em <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1394813/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-124094-6>>. Acesso em 10 nov 2018.

¹⁵⁹ PARANÁ. Tribunal de Justiça. Acórdão. Apelação Cível nº 124094-6. Relatora Desembargador Accácio Cambi. Curitiba, 7ª Câmara Cível, 09 de setembro de 2002. Disponível em <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1394813/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-124094-6>>. Acesso em 10 nov 2018.

No caso acima, não se está a tratar exatamente do direito de ingresso nas associações, mas, na medida em que a associação impõe “ter cabelo curto e boa aparência” como critério para não incorrer em punições, pode ser identificado um paralelo com o tema do direito de recusa: quando o associado não pode gozar dos benefícios decorrentes do vínculo associativo, em função de critérios estatutários, se lhe está praticamente recusando o ingresso.

Nesse sentido, lembra-se que conceitos como o da dignidade da pessoa humana, dos direitos da personalidade, da honra, da discriminação e da autonomia privada tem amplo desenvolvimento pela doutrina do Direito Privado. Alguns dispositivos podem inclusive ser considerados parte da constituição por elevação de normas ordinárias ao texto constitucional, na classificação proposta por Louis Favoreu e adequada ao contexto brasileiro por Rodrigues Junior¹⁶⁰. Trata-se de movimento de “deslizamento para cima”, com a ressalva de que “normas de direito civil não deixam de ser normas de direito civil pelo simples fato de estarem consagradas pelo texto constitucional”¹⁶¹.

Os Tribunais de Justiça do Paraná e de São Paulo têm tratado do tema dialogando bastante com a lógica do Direito Privado e seus institutos, intermediando a aplicação dos dispositivos constitucionais, muito embora não possuam decisões extremamente elaboradas ou que aludem expressamente a uma eficácia indireta dos direitos fundamentais.

3.2 CASO APROFARMA VS. CASO UBC

O Superior Tribunal de Justiça tratou do direito de ingresso nas associações recentemente, em caso com peculiaridades distintas daqueles enfrentados pelos tribunais de justiça estaduais. Foi julgada ilegítima a recusa da Associação das Farmácias de Jundiaí e Região (APROFARMA) do ingresso de farmácia de pequeno porte (Airton Alves Rodrigues e Companhia Ltda.) em seus quadros de associados, sob o fundamento da aplicação horizontal do direito fundamental à não-discriminação nas relações entre privados.

¹⁶⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais. 2017. 682 p. Tese de livre-docência - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 374.

¹⁶¹ SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011. p. 172.

Em suma, a APROFARMA exigia, para o ingresso de novos associados, o preenchimento de determinados requisitos, concomitantemente com a aprovação da diretoria. Ainda, ela tinha como finalidade, nos termos de seu estatuto:

(...) a intermediação de compras dos associados junto aos fornecedores de remédios e artigos de higiene e limpeza pessoal, implementar convênios entre os associados e empresas licenciadas, sejam elas farmácias ou não, com empresas e respectivos empregados na região de Jundiaí e municípios limítrofes, bem como a inclusão de atividades de interesse público de caráter educacional, assim considerado o ensinamento e campanhas nesse sentido no âmbito da saúde e da farmacologia, em função da utilidade pública declarada pela Prefeitura de Jundiaí¹⁶².

Ocorre que, embora a farmácia que requereu a admissão preenchesse todos os demais requisitos, ela não foi aceita pela diretoria. Como se viu nos capítulos anteriores, *a priori*, a associação possuiria liberdade para escolher seus membros, devendo ser respeitadas as cláusulas do estatuto, até mesmo o critério de aceitação pela diretoria.

Para afastar essa premissa, o Superior Tribunal de Justiça utilizou como precedente o caso da União Brasileira de Compositores (UBC)¹⁶³, em que o Supremo Tribunal Federal determinou a impossibilidade de exclusão automática sem ampla defesa de associado da UBC, integrante do ECAD, sob fundamento de que o vínculo associativo era praticamente imperativo decorrente de atividade profissional do requerente. Assim o era porque necessário para o reconhecimento dos direitos autorais de suas obras, equiparando-se com um serviço público por delegação legislativa. Por esse motivo, aplicar-se-ia de maneira direta o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa nas relações entre privados, sendo afastada disposição estatutária que permitia a exclusão da UBC por procedimento diverso.

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão. AgInt no AREsp 330.494/SP. Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, quarta turma, 29 de setembro de 2016. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1542910&num_registro=201301150117&data=20161005&formato=PDF>. Acesso em 10 nov 2018. p. 3-4.

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201819. Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, 11 de outubro de 2005. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em 10 nov 2018.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, ao aplicar analogicamente a decisão do caso UBC, deixou de considerar algumas diferenciações entre os dois casos, conforme se verá.

No caso UBC, foi considerado especialmente o monopólio legal, estabelecido por lei estatal, da atividade de arrecadação dos direitos autorais, sendo que o associado excluído teria impedido, automaticamente, seu direito de auferir renda de sua atividade profissional. Mesmo nessa situação, foi determinada a ampla defesa, mas não a obrigatoriedade de que fosse mantido eternamente o vínculo associativo. Ainda, embora a decisão mencione expressamente a adoção da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, é possível identificar em seu teor uma lógica característica da doutrina dos *state actions*¹⁶⁴. Ou seja, em verdade, haveria uma ação privada ferindo direito fundamental somente porque o Estado, no exercício de seu poder de legislar, disciplinou a questão¹⁶⁵ do ECAD de forma incompleta; ou seja, quase que indiretamente, o particular estaria, em verdade, exercendo direito de defesa em face do Estado, na medida em que foi ele quem determinou a necessidade de vinculação ao ECAD para percepção de direitos autorais. Da leitura da íntegra do acórdão do caso UBC, também se verifica que foi feita referência ao artigo 57 do Código Civil¹⁶⁶, o qual preconiza que a exclusão do associado “só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto”, depreendendo-se eventual intermediação da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas pela legislação do Direito Privado.

Forçar a admissão de pessoa jurídica comercial à luz do princípio constitucional da não-discriminação é bastante diferente de conceder direito de defesa ao associado antes de tomar a decisão de excluí-lo ou não.

O caso APROFARMA é distinto, então, uma vez que não existe nenhum dispositivo legal que vincula a percepção de renda na atividade farmacêutica ao

¹⁶⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais. 2017. 682 p. Tese de livre-docência - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 523.

¹⁶⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011. p. 105.

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201819. Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, 11 de outubro de 2005. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em 10 nov 2018. fls. 648.

vínculo associativo. O farmacêutico, por meio de sua farmácia, pode continuar a exercer sua profissão e perceber lucros sem estar associado à APROFARMA. Inclusive, o acórdão em questão menciona que já havia uma relação de licenciamento entre a associação e a pequena farmácia, o que indica possível ausência de prejuízo econômico. Não parece haver, aqui, monopólio legal exercido pela APROFARMA, muito embora seja associação de utilidade pública em função de seus fins educacionais – não se trata, então, de associação profissional ou monopolista da função pública que exerce, ao menos da leitura do acórdão.

Também é essencial diferenciar o direito de ingresso em uma associação do direito de exclusão. Enquanto esse último tem regra jurídica cogente, consubstanciada no artigo 57 do Código Civil, que determina a necessidade de justa causa para exclusão, o primeiro, ao contrário, não é alvo de restrições expressas quando o artigo 54, inciso II estabelece que os critérios de admissão devem estar contidos no estatuto.

É bem verdade que, a despeito da legislação, a categorização das associações comerciais como “*não expressivas*” pode gerar necessidade de controle mais rígido por parte do Estado; mesmo assim, a determinação de uma intervenção deve sempre ponderar a relevância da função social levada a cabo e se, de fato, estaria havendo monopólio da atividade, com eficaz atividade probatória. No caso da APROFARMA, ao menos no acórdão, sequer se faz uma análise mais aprofundada desses aspectos, com eventual consideração do mercado da região ou alusão a prejuízos econômicos graves sofridos pela pequena farmácia. No mínimo, essas questões deveriam ser objeto de análise, sob pena de ser criado um precedente tão aberto, que poderia ser facilmente aplicado a outros casos indevidamente.

Não há, especialmente, “elementos suspeitos”¹⁶⁷ ou “sinais”¹⁶⁸ que indicariam discriminação ilegal *prima-facie*, e que exigiriam que fosse dada maior atenção ao caso nesse aspecto. Aqui, parece haver no julgado, novamente, uma confusão entre

¹⁶⁷ Termo designado por Paulo Mota Pinto para indicar “compreensivos de origem étnica, língua, aparência, raça, orientação sexual, religião, independentemente de sua utilização em sua expressão pública ou como fundamento para a recusa a contratar”. (RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; RODAS, Sérgio. Entrevista com Paulo Mota Pinto. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 8, ano 3, jul-set, 2016, p. 378).

¹⁶⁸ Termo utilizado por Jorge Cesa Ferreira da Silva para designar determinadas características historicamente discriminadas. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A proteção contra a discriminação no direito contratual brasileiro. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Coimbra: Edições Almedina SA, 2007. p. 399.

o sentido usual do termo “discriminação” e o sentido jurídico¹⁶⁹. Não parece ser de significância social uma associação comercial recusar ingresso de pessoa jurídica; talvez haja significância econômica, a qual sequer foi averiguada pelo STJ.

Assim, embora seja uma associação comercial, a APROFARMA poderia somente estar exercendo sua liberdade de escolha típica das relações privadas, decorrente da ausência da obrigação de contratar. Ainda, trata-se de pessoa jurídica, tornando forçado demais fundamentar a decisão na dignidade humana, e sem incorrer em razões multidirecionais. Como já foi visto, para Fernando Leal:

(...) definições muito abrangentes de dignidade, ainda que alcancem amplos acordos, tem utilidade normativa ou metodológica reduzida porque, não raro, a dignidade pode sustentar decisões opostas em um mesmo caso concreto. Isso porque a sua imprecisão semântica permite a extração de *razões multidirecionais* para sustentar pontos de vistas diversos¹⁷⁰.

No caso concreto, seria possível aventar hipótese de que se trata de associação que pretende representar os interesses de uma classe, embora não seja eminentemente profissional, e, portanto, não poderia recusar sem justificativa válida, nos termos explicados por Gonet Branco¹⁷¹. Mesmo assim, é questionável a aplicação horizontal dos direitos fundamentais, especialmente, tal como foi feito pelo acórdão em questão, do direito à não-discriminação.

Reconhecer um direito subjetivo de ingresso em casos como o da APROFARMA, e, especialmente, sob o fundamento da aplicação direta do direito fundamental à não-discriminação, sem primeiro investigar a acepção jurídica e doutrinária desse termo, pode ter como resultado, a longo prazo, o desestímulo da formação e a manutenção dessas entidades em função da falta de segurança jurídica, fato que, ao fim e ao cabo, pode, por exemplo, prejudicar o consumidor, o qual não teria acesso a preços menores oriundos dos convênios.

A intervenção do judiciário pode gerar uma série de reações em cadeia, tendo em vista a existência de amplas redes contratuais no mundo atual. Por esse motivo,

¹⁶⁹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A proteção contra a discriminação no direito contratual brasileiro. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Coimbra: Edições Almedina SA, 2007. p. 393.

¹⁷⁰ LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil Constitucional. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 9, n. 33, p. 123-164, 30 dez. 2015. p 143.

¹⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 309.

as circunstâncias do caso concreto devem ser muito bem analisadas antes de se deferir o ingresso indesejado ou indenizações por danos morais, até mesmo em associações comerciais ditas “*não expressivas*”.

Verifica-se que não há um consenso sobre a questão nos Tribunais. Em casos limítrofes, a jurisprudência simplesmente pode afastar o estatuto e fundamentar suas decisões na “necessidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas”, não adentrando vários dos critérios supra estabelecidos, e se abstendo de considerar as circunstâncias fáticas do caso concreto e as peculiaridades de cada associação.

3.3 IMPORTÂNCIA DO *DISTINGUISHING* E DA ABORDAGEM DO TEMA PELA EPISTEMOLOGIA DO DIREITO CIVIL

O Código de Processo Civil de 2015 buscou aprofundar e instigar uma lógica dos precedentes, e, nesse contexto, deve ser enaltecida a importância da atividade de distinção entre os precedentes, ferramenta crucial para a operação do judiciário.

Segundo Marinoni¹⁷², se a questão a ser resolvida já conta com um precedente, será realizado raciocínio analógico; contudo, devem ser consideradas as particularidades fático-jurídicas de cada caso, que, se consistentes e significativas, afastam sua aplicação. É o que se denomina na doutrina de “*distinguishing*”, uma real diferenciação entre o precedente e o caso a ser julgado.

Nas associações sem fins econômicos, a técnica do *distinguishing* é valiosa. Isso porque, por vezes, a diferença entre certos casos é bastante tênue, mas pode abrir margem para uma série de decisões restritivas da liberdade de associação.

O precedente do caso UBC delimita situação que claramente exigia a interferência do Estado, sob pena de grave afronta ao exercício de atividade profissional e interferência na esfera jurídica de terceiro. O caso APROFARMA, contudo, traz contexto distinto, que deve induzir à reflexão, à diferenciação e à identificação de circunstâncias específicas que, porventura, possam levar a outro resultado.

¹⁷² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2017.

Nesse sentido, destaca-se que não é pretensão da presente pesquisa encontrar respostas “certas” ou “erradas”, mas sim instigar o pensamento e a análise mais minuciosa. Eis a importância da distinção dos casos concretos, no tocante à liberdade de associação.

Frise-se que, hoje, as associações têm uma atuação muito importante, ao lado do Estado. Conforme Alves e Nogueira, “associações são organizações constantemente tensionadas entre opostos: privado e público, inclusão e exclusão, particular e universal, voluntário e burocrático, democrático e oligárquico, legitimidade e eficiência, altruísmo e egoísmo”¹⁷³.

Segundo esses mesmos autores, não é possível afirmar que essas opções seriam excludentes; em verdade, o fenômeno do associativismo engloba tais tensões, e é justamente isso que torna as associações dinâmicas e capazes de contribuir com a sociedade, devendo ser buscado incessantemente um equilíbrio ideal¹⁷⁴.

Por isso, tolher a liberdade de associação, inclusive a de escolher as pessoas com quem se quer formar esse vínculo, somente deve ocorrer em casos muito selecionados, sob pena de ferir a dinamicidade e a pluralidade própria dessas entidades.

Verifica-se outro problema fundamental na contemporaneidade, que abarca também o tratamento das associações pelo judiciário: encontrar um ponto de equilíbrio entre a legislação e a jurisdição. Ao trazer enunciados de baixa densidade normativa e elevada carga axiológica, a Constituição parece abrandar o problema da *gincana de regras*¹⁷⁵, ao mesmo tempo em que acaba servindo de base para uma atuação judicial sujeita a parâmetros jurídicos muito tênues, introduzindo fortemente a metodologia de resolução das questões por meio de princípios¹⁷⁶.

Nesse sentido, é salutar a contribuição de Rodrigues Junior ao propor a alternativa da teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações entre

¹⁷³ ALVES, Mario Aquino; NOGUEIRA, Fernando do Amaral. As associações civis podem ser escolas democráticas? Efeitos de Algumas Características Organizacionais. Rev. Administração Pública e Gestão Social, São Paulo, 6(1), p. 2-10, jan-mar 2014. p. 09.

¹⁷⁴ ALVES, Mario Aquino; NOGUEIRA, Fernando do Amaral. As associações civis podem ser escolas democráticas? Efeitos de Algumas Características Organizacionais. Rev. Administração Pública e Gestão Social, São Paulo, 6(1), p. 2-10, jan-mar 2014. p. 09.

¹⁷⁵ RAMOS, André Luiz Arnt. Dogmática e efetividade: o papel da civilística no desbravamento de espaços de liberdades. Revista Brasileira de Direito Civil, vol. 11, p. 17-35, jan-mar 2017. p. 23.

¹⁷⁶ RAMOS, André Luiz Arnt. Dogmática e efetividade: o papel da civilística no desbravamento de espaços de liberdades. Revista Brasileira de Direito Civil, vol. 11, p. 17-35, jan-mar 2017. p. 23.

particulares. Para ele, a adoção dessa teoria no Brasil contribuiria para a preservação do espaço democrático e respeito à separação dos poderes, bem como proporcionaria a previsibilidade das decisões, essencial para diversas áreas do Direito Privado, pleno de negócios jurídicos caracterizados pelo risco, pela urgência, pela oportunidade e pela atuação de agentes econômicos que precisam de estabilidade para funcionar¹⁷⁷.

A transferência do espaço decisório da autonomia privada para o âmbito judicial é outra objeção de Rodrigues Junior à teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais¹⁷⁸, a qual é especialmente pertinente no direito das associações. Depositar frequentemente no judiciário a responsabilidade de decidir sobre a admissão de novos membros pode ensejar “o desrespeito aos esquemas mentais, às circunstâncias metajurídicas e à racionalidade própria (ou à falta dela) dos agentes que negociam sob prestígio da autonomia privada”¹⁷⁹.

Especialmente no caso das associações sem fins econômicos, muitas vezes o juiz pode não ter todos os subsídios para “decidir sobre um negócio jurídico com o mesmo nível de informação, expertise e de interesse (inclusive egoístico) que o detido pelas partes contratantes”¹⁸⁰, em decorrência da imensa variedade de subtipos associativos, e das diferentes funções desempenhadas por cada um deles. Veja-se, nas palavras de Rodrigues Junior:

A filtragem dos direitos fundamentais pelo Direito Civil tem por consequência preservar as esferas decisórias das partes e isso não é um efeito puramente retórico. O direito civil é adaptado historicamente a compreender o modo de funcionamento muita vez errático, irracional e entrópico da atividade negocial. Os particulares são regidos, na maior parte dos casos, por critérios insubsumíveis a padrões de racionalidade objetiva, a consensos sobrepostos ou

¹⁷⁷ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais. 2017. 682 p. Tese de livre-docência - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 559.

¹⁷⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais. 2017. 682 p. Tese de livre-docência - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 561.

¹⁷⁹ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais. 2017. 682 p. Tese de livre-docência - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 561.

¹⁸⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais. 2017. 682 p. Tese de livre-docência - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 562.

standards próprios do Direito Público. Essa é uma das fontes privilegiadas da especificidade do Direito Civil. Ela fornece pistas para que se compreenda porque a formação intelectual mais elevada não é garantia de prosperidade econômico-financeira ou por que mecanismos de proteção às partes débeis terminam por falhar ante a auto-exposição dos indivíduos a risco.¹⁸¹

Disso resulta que, não obstante o tratamento constitucional pela Constituição de 1988, a disciplina das associações continua vinculada predominantemente ao Direito Privado, devendo obedecer aos seus princípios¹⁸². Reconhece-se, contudo, que existem organizações privadas que demonstram tal poder social e/ou jurídico que, por vezes, exigiriam reconhecer uma força expansiva dos direitos fundamentais, não mais oponíveis apenas em face do Estado, mas também entre particulares¹⁸³, tal como pode ser vislumbrado no caso UBC, em que pese haja divergências sobre a interpretação daquele acórdão.

O tema não suporta, assim, uma resposta dicotômica de sim ou não, mas requer uma consideração dos aspectos específicos de cada caso concreto, por meio dos cânones de interpretação apresentados nesse trabalho, com a consideração da lógica inserida no Código Civil e da doutrina civilista, bem como da proteção constitucional ao núcleo essencial da liberdade de associação.

Sobretudo, os direitos fundamentais podem ser usados como fontes de inspiração para uma sociedade justa, auxiliando a estabelecer uma ordem de valores, e, especialmente podem servir ao menos como alerta de que a dignidade da pessoa humana esteja sendo comprometida no caso concreto, tendo uma função retórica de enfatizar a seriedade da questão levada ao judiciário¹⁸⁴. Quando uma parte afirma a violação de um direito fundamental, é importante atenção na análise do caso, mesmo que o resultado acabe, eventualmente, infirmando tal alegação.

¹⁸¹ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais. 2017. 682 p. Tese de livre-docência - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 562.

¹⁸² LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 110.

¹⁸³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 113.

¹⁸⁴ SMITS, Jan M. Private law and fundamental rights: a skeptical view. In: BARHUYSEN, Tom; LINDENBERGH, Siewart (Ed.). Constitutionalisation of private law. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006, p. 9-23.

CONCLUSÃO

O presente estudo debruçou-se sobre a liberdade de associação, e, em especial, sobre o direito subjetivo de admissão nas associações sem fins econômicos. Tratando-se de direito que envolve tanto aspectos constitucionais quanto infraconstitucionais, primeiramente, foi realizada uma análise sobre como podem se relacionar as esferas do Direito Público e do Direito Privado, e como as normas constitucionais podem ser aplicadas nas relações entre particulares segundo a doutrina. Foi resgatada, ao fim do primeiro capítulo, a importância do estudo das associações por meio da dogmática do Direito Civil, e não somente da ponderação entre princípios constitucionais.

Em seguida, buscando adequar-se à metodologia proposta, procedeu-se a um estudo histórico das associações, voltado também ao caso brasileiro, buscando chegar a uma compreensão da relevância da inserção da liberdade de associação em nosso ordenamento jurídico, e qual o significado que o legislador constitucional quis atribuir a ela, em suas diversas perspectivas. Com uma história marcada pela restrição da liberdade de associação, parece que o constituinte de 1988, em época de redemocratização, quis dar amplo alcance para esse direito fundamental.

Após, foram enfrentadas as disposições do Código Civil sobre as associações, sob a ótica da teoria do fato jurídico e da importância da manifestação de vontade nos negócios jurídicos. O Código Civil, portanto, garantiu ampla autonomia para as associações na escolha de seu subtipo associativo, de suas finalidades e de sua organização, podendo-se chegar à conclusão que o estatuto, a princípio, tem função central em regular a atividade associativa e deve, *a priori*, ser seguido. Existem, contudo, determinadas situações em que se pode vislumbrar o desmerecimento da tutela do estatuto.

A ausência de justificação da recusa em determinados contextos, a desconexão de um critério de admissão com a finalidade, a possível existência de uma discriminação (na acepção jurídica do termo), o caráter representativo da associação, a atividade eminentemente pública por ela exercida ou eventual privação de bens e serviços essenciais, põem em cheque a validade das cláusulas estatutárias, e exigem uma análise mais rigorosa e aprofundada. Nesses casos, a afinidade entre os membros e o grau de expressividade da associação podem ser interessantes cânones de interpretação do caso concreto, bem como a constatação

de esfera privada ou íntima, e, ainda, a existência de uma razão substancial para a recusa. Alguns casos ilustrativos foram utilizados para aprofundar um pouco a análise e verificar como está sendo abordado o tema fora do país.

Por fim, foi estudado como o direito da associação de escolher seus membros vem sendo tratado pela jurisprudência brasileira. Em um primeiro momento, constatou-se a pouca ocorrência de controvérsias a respeito dessa questão nos tribunais. Os poucos casos encontrados dizem respeito ao direito de recusa injustificada em clubes – bastante aceita pelos tribunais. Há, também, o caso APROFARMA, em que foi aplicado o precedente do caso UBC sem os devidos cuidados. Este caso pode abrir espaço para perigosos julgamentos futuros, pois não ficaram bem delimitados os critérios escolhidos para forçar a associação a aceitar um membro indesejado; a tendência, nesse sentido, é uma confusão entre os âmbitos do Direito Público e do Direito Privado, com a aplicação direta desajeitada da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais entre particulares.

Em geral, assim, não há uma prerrogativa de ingresso nas associações sem fins econômicos, salvo nos casos excepcionais apontados, devendo-se considerar as disposições do estatuto, as finalidades e a função exercida pela entidade em questão. Mesmo nesses casos, é imprescindível que a situação específica seja muito bem delimitada na decisão judicial, para evitar uma aplicação equivocada de precedentes e tolher a liberdade de associação pouco a pouco, ao lado da lógica própria do Direito Privado.

Afinal, conforme proposto por Alves e Nogueira¹⁸⁵, as pessoas se associam por diversos motivos, sejam eles solidários, materiais ou substantivos, seja para cooperar com os outros membros, para conseguir influência externa ou para mudar seu status social. Independentemente da razão, o associativismo, em geral, contribui para uma sociedade plural e dinâmica, devendo ser respeitada, sempre que possível, a liberdade de associação individual.

A tendência é que casos envolvendo associações apareçam cada vez mais no judiciário brasileiro. O Brasil tem, de acordo com o último levantamento oficial das Fundações e Associações sem Fins Lucrativos (FASFIL), cerca de 329.934 organizações juridicamente instituídas como associações, contando com um

¹⁸⁵ ALVES, Mario Aquino; NOGUEIRA, Fernando do Amaral. As associações civis podem ser escolas democráticas? Efeitos de Algumas Características Organizacionais. Rev. Administração Pública e Gestão Social, São Paulo, 6(1), p. 2-10, jan-mar 2014. p. 05.

desenvolvimento muito rápido no setor, considerando que menos de 10.000 dessas associações já existiam antes dos anos 1970 e 67,8% delas foi criada a partir da década de 90¹⁸⁶.

Conclui-se que, no contexto brasileiro, e sob a perspectiva do direito das associações sem fins econômicos, é importante uma renovação do debate sobre a maneira como vêm sendo aplicados os direitos fundamentais nas relações entre particulares. Em diversos países, como em Portugal e na Alemanha, os debates entre as teorias da eficácia direta ou indireta ainda persistem, e o desenvolvimento da dogmática cível é bastante relevante, podendo fazer a diferença nos casos concretos. No Brasil, o fomento desse debate é importante; não se pode assumir como dogma a teoria da eficácia direta; no mínimo, o contraponto da teoria da eficácia indireta é importante para fins de crítica e aprimoramento, e para manter-se a autonomia epistemológica do Direito Privado, evitando seja violado o núcleo essencial da liberdade de associação.

¹⁸⁶ ALVES, Mario Aquino; NOGUEIRA, Fernando do Amaral. As associações civis podem ser escolas democráticas? Efeitos de Algumas Características Organizacionais. *Rev. Administração Pública e Gestão Social*, São Paulo, 6(1), p. 2-10, jan-mar 2014. p. 02.

REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. Direito constitucional e direito ordinário: jurisdição constitucional e jurisdição especializada. Revista dos Tribunais, [S.l.], v. 809, p. 54-73, mar. 2003.

ALVES, Mario Aquino; NOGUEIRA, Fernando do Amaral. As associações civis podem ser escolas democráticas? Efeitos de Algumas Características Organizacionais. Rev. Administração Pública e Gestão Social, São Paulo, 6(1), p. 2-10, jan-mar 2014. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/262261274>>. Acesso em 19 nov 2017.

ASCARELLI, Tullio. Problemas das sociedades anônimas e direito comparado. São Paulo: Saraiva, 1969. Pg. 255-312.

BARAK, Aharon. Constitutional human rights and private law. Review of Constitutional Studies, vol. 3, nº 2, p. 218-281, 1996. Disponível em <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3698/> . Acesso em 05 nov 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Acórdão. Apelação Cível nº 124094-6. Relatora Desembargador Accácio Cambi. Curitiba, 7ª Câmara Cível, julgado em 09/09/2002, DJe 23/09/2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário nº 201819/RJ. Relatora Min. Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes. Brasília, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27/10/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Agravo em Recurso Extraordinário 1008625/SP. Relator Min Luiz Fux. Brasília, DJe 19/04/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão. AgInt no AREsp 330.494/SP. Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI. Brasília, quarta turma, julgado em 29/09/2016, DJe 05/10/2016.

CARPENTER, Dale. Expressive Association and Anti-Discrimination Law After Dale: A Tripartite Approach. Minnesota Law Review, vol. 85, p. 1515, 2001. Disponível em <https://scholarship.law.umn.edu/faculty_articles/146>. Acesso em 22 out. 2018.

CASA DO ESTUDANTE LUTERANO. Estatuto da CELU nº 06, de 07 de dezembro de 2005. Curitiba, 2005. Disponível em: <https://docs.wixstatic.com/ugd/5b815e_1a8946745d0945c28a5add87089cec50.pdf>. Acesso em 27 out. 2018.

CASTRO JUNIOR, Torquato. Constitucionalização do direito privado e mitologias da legislação: código civil versus constituição? In: SILVA, Artur Stamford (org.). O judiciário e o discurso dos direitos humanos. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2011.

DUQUE, Marcelo Shenk. A Importância do Direito Ordinário Frente à Supremacia da Constituição. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito –

PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, n. 1, nov. 2013. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/43496/27374>>. Acesso em: 21 out. 2018.

FERRARA, Francesco. Le persone giuridiche. Torino: Editrice Torinese, 1956.

FOUSTIER, Paul. Associations: l'amalgame. Rev. Connexions nº 77, p. 61-69, 2002. Disponível em <<http://www.cairn.info/revue-connexions-2002-1-page-61.htm>> . Acesso em 22 out 2017.

FRANÇA, R. Limongi. Direito Privado. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, vol. 1, p. 461-474, jun. 2011.

FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie. Associações: constituição, fundamentos e perspectivas. Rio de Janeiro: Processo, 2017. 466 pgs. ISBN: 978857147955-5

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. O estatuto da associação: conteúdo e limitações. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). Associações: constituição, fundamentos e perspectivas. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 03-28. ISBN: 978857147955-5

HERZOG, Benjamin. Aplicação e interpretação do direito em Portugal e no Brasil: um estudo comparado a partir das perspectivas genética, funcional e pós-moderna; uma defesa por mais Savigny e menos Jhering. Curitiba: Salão Nobre da Universidade Federal do Paraná, 24 out 2018. Palestra ministrada aos alunos e professores.

LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil Constitucional. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 9, n. 33, p. 123-164, 30 dez. 2015. p 141.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Associações sem fins econômicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. ISBN: 978-85-203-5568-8.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A reforma do direito das associações sem fins econômicos pela Lei nº 11.127 de 2005 e o Terceiro Setor. Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, Belo Horizonte, ano 1, nº 1, jan/jun 2007.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN: 978-85-472-1358-9.

LÔBO, Paulo. Direitos dos Associados. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). Associações: constituição, fundamentos e perspectivas. Rio de Janeiro: Processo, 2017. 466 pgs. ISBN: 978857147955-5

LUCHMANN, Lúcia Helena Hahn. Associações, participação e representação: combinações e tensões. Rev. *Lua Nova*, São Paulo, 84: 353-364, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2017. ISBN: 978-85-203-7088-9.

MARTINS, Thiago Penido. Eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas privadas. *Rev. Derecho Privado*, Bogotá, n. 32, p. 109-140, jun 2017. Disponível em <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662017000100109&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 15 out 2017

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN: 978-85-472-0367-2.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado, parte geral, tomo I, introdução: pessoas físicas e jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Acórdão. Apelação Cível nº 0006757-15.2008.8.16.0129. Relator Des. Hélio Henrique Lopes Fernandes Lima. Curitiba, 10ª Câmara Cível, 19 de maio de 2011. *Diário da Justiça do Estado*, Curitiba, n. 644, 2 jun 2011.

RAMOS, André Luiz Arnt. Dogmática e efetividade: o papel da civilística no desbravamento de espaços de liberdades. *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 11, p. 17-35, jan-mar 2017. Disponível em: <https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume11/rbdcivil11_06-art-01_andre-luiz-arnt-ramos.pdf>. Acesso em 04 nov. 2018.

RIGAUD, Barbara. The freedom to join an association: a principle in question. *The international journal of not-for-profit law*, vol. 2, n. 4, jun. 2000. Disponível em <http://www.icnl.org/research/journal/vol2iss4/art_4.htm>. Acesso em 10 out 2018.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais*. 2017. 682 p. Tese de livre-docência - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; RODAS, Sérgio. Entrevista com Paulo Mota Pinto. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 8, ano 3, p. 367-380, jul-set, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Coimbra: Edições Almedina SA*, 2007. p. 111-144.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Acórdão. Apelação nº 1041598-54.2013.8.26.0100. Relatora Des. Ana Maria Baldy. São Paulo, 6ª Câmara de Direito Privado, 06 de abril de 2017. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10329686&cdForo=0>. Acesso em 10 nov 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Acórdão. Apelação Cível nº 9165690-21.2006.8.26.0000. Relator Des. Helio Faria. São Paulo, 1ª Câmara de Direito Privado, 31 de janeiro de 2012. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5667539&cdForo=0>. Acesso em 10 nov 2018.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A proteção contra a discriminação no direito contratual brasileiro. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Coimbra: Edições Almedina SA, 2007. p. 389-416.

SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011.

SMITS, Jan M. Private law and fundamental rights: a skeptical view. In: BARHUYSEN, Tom; LINDENBERGH, Siewart (Ed.). Constitutionalisation of private law. Leiden: Martinus Nijhoff, 2006, p. 9-23. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=928560> . Acesso em 01 nov 2018.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Correa Sampaio. A aplicação direta das normas constitucionais e a liberdade associativa no direito civil brasileiro. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, n. 9, p. 10431-10474, ano 2. 2013. Disponível em <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/09/2013_09_10431_10474.pdf>. Acesso em 15 out 2017.

SZTAJN, Rachel. Associações e sociedades: à luz da noção de contrato plurilateral. Revista de Direito Privado, vol. 21, p. 223-234, jan/mar. 2005.

TEPEDINO, Gustavo. A admissão de associados e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: a constitucionalidade de critérios admissionais diferenciados. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie. Associações: constituição, fundamentos e perspectivas. Rio de Janeiro: Processo, 2017. 466 pgs. ISBN: 978857147955-5

TOMASETTI JR, Alcides. Comentários à Lei de Locações de Imóveis urbanos. In: OLIVEIRA, Juarez. Comentários à Lei de Locações de Imóveis urbanos. São Paulo: Saraiva, 1992, p.4-13.

VALE, André Rufino do. Drittwirkung de direitos fundamentais e associações privadas. Revista de Direito Público, n.º 9, p. 53-74, jul/ago/set. 2005.